

Facundo Indart Fortunati

El objeto de protección del delito de prevaricación judicial

Tutora: Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Máster de Estudios Jurídicos Avanzados – Curso 2016/2017

ABSTRACT

El trabajo se propone descifrar el objeto de protección del delito de prevaricación judicial. Con ese objetivo, asume como pilar teórico la noción de bien jurídico –destacando particularmente la función dogmática de su concepto– para emprender, luego de un breve repaso crítico de las principales posturas doctrinarias sobre el tema, una reconstrucción del contenido de valor protegido. En tal sentido, la posición asumida en el trabajo sostiene que la categoría de delitos contra la administración de justicia busca proteger, con mayor o menor intensidad según la modalidad de ataque y los sujetos intervinientes, el derecho de los ciudadanos a obtener resoluciones judiciales correctas, el cual se encuentra cualificadamente protegido en el delito de prevaricación judicial mediante la asignación institucional a un sujeto del deber de dictar la resolución justa.

1. INTRODUCCIÓN	3
2. PILAR TEÓRICO: LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO.....	5
2.1. IMPUTACIÓN PENAL Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS	5
2.1.1. Consolidación del eje discursivo en la protección de bienes	5
2.1.2. Concepto, contenido y baremo de legitimidad de la norma	7
2.2. DIMENSIONES POLÍTICO-CRIMINAL Y DOGMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO	10
2.2.1. Necesidad y merecimiento de pena	10
2.2.2. Marco de referencia de lesividad de la conducta	14
3. POSTURAS DOCTRINARIAS.....	17
3.1. EL EJE DE PROTECCIÓN EN LA DIMENSIÓN ESTATAL	18
3.1.1. Infracción del deber del cargo	18
3.1.2. Función jurisdiccional.....	20
3.1.3. Protección del Derecho	21
3.2. EL EJE DE PROTECCIÓN EN LA DIMENSIÓN SOCIAL	23
3.2.1. Derechos de las partes en el proceso	23
3.2.2. Condición de posibilidad de libertad	24
4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	25
4.1. CONCRECIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	25
4.1.1. Configuración institucional del bien jurídico “administración de justicia”	25
4.1.1.1. <i>Interés colectivo, referencia individual</i>	25
4.1.1.2. <i>Rasgo institucional del interés protegido</i>	27
4.1.2. El derecho a la resolución judicial correcta	31
4.1.2.1. <i>Contenido axiológico</i>	31
4.1.2.2. <i>Preexistencia del derecho tutelado</i>	34
4.1.2.3. <i>Lesividad y delitos de peligro</i>	35
4.1.2.4. <i>Responsabilidad compartida</i>	38
4.2. PROTECCIÓN CUALIFICADA DEL DERECHO A LA RESOLUCIÓN JUDICIAL CORRECTA	39
4.2.1. Fundamento material del injusto prevaricador	39

4.2.1.1 Prevaricación como delito de infracción de deber.....	39
4.2.1.2. Infracción de deber y bien jurídico.....	42
4.2.2. El deber del juez de dictar resolución correcta	44
4.2.2.1. Contenido del deber.....	44
4.2.2.2. Límites de la punibilidad	46
4.2.3. Consecuencias.....	48
4.2.3.1. Formas de aparición de la prevaricación judicial	48
4.2.3.2. Intervención delictiva.....	49
4.2.3.3. Iter criminis e imputación del resultado.....	51
5. CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	57

Conforma un lugar común en la presentación de trabajos monográficos de este tipo justificar la elección del tema en la originalidad y escasez de estudios similares. Pues bien, esta introducción no será una excepción a la regla, aun a riesgo de desencantar al lector. Basta con revisar cualquier biblioteca jurídico penal de lengua castellana para notar la falta de estudios dedicados exclusivamente al delito de prevaricación judicial, una carencia que resulta llamativa considerando las interesantes cuestiones planteadas en la interpretación de esta figura y la relevancia institucional de los intereses en juego al momento de analizar la responsabilidad penal del juez por *torcer el Derecho*.

Con todo, el vacío es menos pronunciado en España que en el resto de los países de Iberoamérica, donde la falta de aportes doctrinarios trascendentes explica en gran medida la razón por la cual en aquellos países apenas tiene vigencia práctica el delito de prevaricación, a pesar de contar con formulaciones legales similares a la española. En uno y otro caso, el aliciente para abordar la investigación es todavía mayor en términos de singularidad del tema escogido, cuando se advierte cómo los pocos estudios centran la atención, casi sin excepciones, en el análisis del tipo objetivo –en particular del elemento “injusticia” exigido por el art. 446 del Código Penal español para la configuración de la resolución prevaricadora–, pero pasan por alto una cuestión analíticamente anterior a la subsunción típica y condicionante de su correcta interpretación: ¿Qué busca proteger el delito de prevaricación judicial?

Para dar respuesta al interrogante, el presente trabajo buscará determinar el *objeto* de protección de la prevaricación, pero no en el sentido de *objeto de la acción* según sugiere la referencia intuitiva a un sustrato corporal agredido por el autor del hecho, sino de la realidad

empírica o *situación que recibe protección jurídico penal*, es decir, con un sentido de *finalidad*, más cercano a la idea proporcionada por el concepto de *bien jurídico*¹. Dos razones explican que el título del trabajo aluda, sin embargo, al “objeto” de protección del delito y no sencillamente al “bien jurídico protegido”. La primera de ellas se relaciona con la intención de asumir desde el comienzo una postura analítica libre de preconcebir si lo protegido en la prevaricación es identificable por completo en la noción de bien jurídico. Ese mismo escepticismo reconduce la discusión a otra más elemental sobre la función del Derecho penal y justifica porqué la primera parte de la investigación estará dedicada a examinar el sentido general de la teoría del bien jurídico, de manera de fijar su utilidad analítica y límites. La segunda razón no es ajena a la primera, al menos lleva implícitas las mismas dudas, pues trata de reflejar una primera intuición al emprender el trabajo, sugiriendo que el delito de prevaricación no sería comprensible en la idea de lesión de un bien jurídico *únicamente*. Esto, una vez más, implicará seguir evaluando la capacidad de rendimiento de la teoría.

La segunda parte del trabajo consta de un breve repaso crítico de algunas posturas doctrinarias ofrecidas hasta el momento sobre el delito de prevaricación judicial, para ofrecer luego, en el siguiente capítulo, una descripción personal sobre su objeto de protección. En la búsqueda de esa comprensión intentarán conjugarse en una única teoría dos componentes básicos para reconocer la naturaleza de su injusto. El primero de esos componentes, afincado sobre el pilar teórico descripto durante la primera parte del trabajo, pretenderá conformar a la vez un criterio de interpretación para el grupo de figuras al que pertenece la norma analizada identificando un valor común, útil para la categorización. El segundo elemento, parcialmente autónomo del anterior, buscará describir la nota característica del delito de prevaricación judicial a partir del modo peculiar de proteger aquel valor común. No faltará al final de ese mismo capítulo una puesta a prueba de las principales consecuencias dogmáticas de la interpretación propuesta, ni tampoco un resumen con las conclusiones más relevantes, ya en el último tramo del trabajo.

¹ Sobre las diferencias entre *objeto del hecho* y *bien jurídico*, v. STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal: Parte general*, 4º ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 145. ISBN 978-950-741-199-1.

PILAR TEÓRICO: LA NOCIÓN DE BIEN JURÍDICO

2.1. IMPUTACIÓN PENAL Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

2.1.1. Consolidación del eje discursivo en la protección de bienes

1. Una primera aproximación teórica sugiere que la definición del objeto de protección del delito de prevaricación judicial, como cualquier otra figura de la Parte especial, presupone una toma de postura sobre la función y el sentido del Derecho penal, al menos de modo indirecto. El fundamento del contexto general de legitimación de un modelo de responsabilidad y la sujeción a sus principios condicionarían en cierto modo la singularidad de las soluciones vinculadas con la interpretación de cada delito específico, estableciendo una relación entre la relativa abstracción de la argumentación general del sistema y la descripción del contenido de cada tipo penal.

Si existe una expresión enlazada con el propósito omnicomprendivo de abarcar todas las etapas conducentes al último eslabón de la dogmática aplicada, ése es el de *bien jurídico*. Desde hace décadas la disputa sobre la legitimación de las normas penales ha girado en torno a si constituye la lesión de bienes jurídicos el criterio explicativo más convincente de la conducta punible¹. Naturalmente, a la par de esa discusión han corrido otras, desde la elemental cuestión, todavía no resuelta con suficiente consenso en la doctrina, acerca de qué cabe definir como bien jurídico. Aun así, cuanto más no sea como punto de referencia para

¹ Sin embargo, la creación del concepto de bien jurídico se remonta a la primera mitad del siglo XIX y es atribuida a Birnbaum. Es discutido que por entonces su definición tuviera el contenido legitimador y limitador de la punibilidad construido más tarde. Sobre esto, ROXIN, Claus, *Derecho penal: Parte general (tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, 2º ed., Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 55. ISBN 978-84-470-2545-9.

el análisis de la justificación de la injerencia estatal a través de la pena, la sola síntesis del planteo en la elección inicial entre una postura proclive o una contraria a acoger la doctrina de la protección de bienes habla por sí sola de la magnitud de su tesis.

2. La consolidación del eje discursivo en el bien jurídico encuentra un momento histórico decisivo alrededor de 1970, cuando su concepto fue expuesto como fundamento para la reforma del Derecho penal sexual de Alemania, consumada en 1973 con la derogación de diversas conductas cuya criminalización no podía explicarse desde la lesión de un bien jurídico. Desde entonces invocar al bien tutelado ha servido para reafirmar una concepción de corte liberal-clásico caracterizada por la intención explícita de valer como límite crítico entendido del siguiente modo: el Estado en su función legislativa es soberano para seleccionar comportamientos reprochables penalmente siempre que afecten las condiciones materiales de un bien jurídico *protegible*².

De este modo, más que un fundamento certero sobre el contenido adecuado para describir positivamente al bien jurídico, el desarrollo de la teoría posterior a la Segunda Guerra Mundial se asentó sobre la base del principio negativo conforme al cual el Derecho penal *no* está legitimado a proteger creencias políticas, ideologías, doctrinas religiosas ni posiciones morales. Desde su posicionamiento limitador logró dejar en claro, por ejemplo, que ante una acción meramente inmoral como podrían calificarse ciertas conductas sexuales practicadas en la esfera privada, debía negarse la existencia de un bien jurídico digno de protección y, en tanto condición de legitimidad de la norma penal, la conducta permanecería exenta de reproche estatal³. Con esa impronta, la tesis del bien jurídico se ajustó eficazmente a la necesidad de deslindar Derecho y Moral a tal punto que sus adeptos, reconociendo en ella los atributos de algo menos que un axioma, le adjudicaron inclusive la capacidad para transformar la representación social de la lesividad de una conducta⁴.

² SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico, publicado en HEFENDEHL, Roland y otros (comps.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 72. ISBN 978-84-9123-069-4.

³ VON HIRSCH, Wolfgang, El concepto de bien jurídico y el principio del daño, publicado en HEFENDEHL, Roland y otros (comps.), *ob. cit.*, p. 33.

⁴ A la posición contraria de Stratenwerth, quien sostuvo que la despenalización de la homosexualidad entre adultos se debió a un cambio de las ideas sociales y no precisamente por constatarse la inexistencia de lesión a los bienes jurídicos de nadie, Roxin no dudó en contestar que el fenómeno sucedió a la inversa, alegando que fue la despenalización genérica de las prácticas sexuales la causa que llevó a diluir la consideración de su inmoralidad, hasta llegar al punto de que actualmente en Alemania la forma de orientación sexual de las personas sea vista como un valor éticamente neutro. ROXIN, Claus, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, publicado en HEFENDEHL, Roland y otros (comps.), *ob. cit.*, p. 434.

3. La misma notoriedad alcanzada por la difusión de la idea de protección de bienes intensificó las críticas dirigidas en su contra con el fin de dejar en evidencia una precoz fundamentación y una exagerada pretensión analítica de la teoría. La ausencia de un concepto uniforme y de criterios concluyentes de identificación fueron las principales falencias para argumentar que la doctrina del bien jurídico podría amoldarse satisfactoriamente al propósito de excluir las “meras inmoralidades del Derecho penal”⁵, pero tendría inconvenientes de base para fundamentar una respuesta convincente ante los desafíos deparados por el desarrollo de la sociedad y sus nuevos procesos de criminalización. Las modernas *materias* de regulación penal fueron consecuencia de necesidades colectivas anteriormente inexploradas, mientras las nuevas *formas* de regulación dieron lugar a novedosas complicaciones teóricas, originadas en particular por el incremento en la formulación de delitos de peligro abstracto aparentemente incongruentes con el modelo dominante del ilícito como afectación de un bien jurídico construido desde una concepción *personal*, apoyada en fundamentos individualistas del Siglo XVIII⁶.

Evidentemente, pocos repararon en que buena parte de esas dificultades existían desde antes. Quizá no fueron reconocidas, pues nadie cuestionó nunca, por ejemplo, la legitimidad del delito del juez por torcer el Derecho ni tampoco, en general, la validez de la incriminación de conductas contra la administración pública, siempre presentes en todo sistema de responsabilidad penal creado para satisfacer necesidades elementales del grupo social, consideradas inclusive desde una perspectiva radicalmente antropocéntrica. O, tal vez, en todo caso a la justificación simplemente decidió pasársela por alto ante el parámetro obvio de necesidad de pena habida cuenta de la relevancia social de los intereses en juego, llevando a prescindir de una fundamentación material coherente con el resto del bloque de delitos.

2.1.2. Concepto, contenido y baremo de legitimidad de la norma

1. Pese a algunas incongruencias, la reformulación parcial de sus postulados le permitió a la teoría del bien jurídico sobrevivir los embates para continuar siendo todavía hoy la explicación dominante del ilícito penal. La fundamentación positiva del bien jurídico, esto es, no ya la mera declaración negativa y limitativa de qué tipo de intereses *no* serían traducibles como bienes necesitados de protección penal, tardó poco en llegar y lo hizo de la mano

⁵ Cfr. ROXIN, *ob. cit.*, p. 52.

⁶ SEHER, *ob. cit.*, p. 71.

de una descripción de contenidos orientada a garantizar las condiciones para el desarrollo individual, compatible con la protección de un núcleo de intereses particulares elementales para la persona en la interacción social como la vida, la integridad física y el patrimonio. De acuerdo a ese esquema personalista del bien jurídico, la cuestión de cómo cabía justificar la incriminación de delitos contra la administración pública en general, y contra la administración de justicia en particular, precisó de un ajuste argumentativo que llevó a señalar la imprescindibilidad de algunas funciones estatales con el fin de proteger aquellos mismos intereses individuales. Para garantizar el desarrollo de la persona, se aclaró, no alcanza con proteger solamente la vida, la integridad y el patrimonio de ésta, sino que es necesaria además una administración de justicia que funcione, una administración pública sin corrupción, sistemas fiscales y monetarios intactos, etc.⁷. La redefinición supuso el alejamiento de una concepción exclusiva de los bienes jurídicos como realidades materiales en objetos físicos (acorde a la naturaleza de los intereses individuales protegidos) para darle paso a la argumentación de otro tipo de realidades del mundo empírico también precisadas de tutela. La doctrina del bien jurídico fue entonces modernizándose paulatinamente para adaptar su referencia a los distintos intereses, exhibiendo el mejor rasgo de su ductilidad teórica.

2. En contra de lo que cabría suponer, la aplicabilidad predominante de su noción, independientemente de las épocas e incluso de los modelos de imputación, no cabe reconocerla en la flexibilidad del *concepto* para redefinir su propio *contenido* según las distintas realidades coyunturales, sino a la inversa, en la indicación implícita de un valor referencial ideal, capaz de otorgarle legitimidad al concepto con el cual el valor es expresado. En tanto esquema de referencia a la norma penal, el concepto de bien jurídico, aun con sus dificultades, expresa mejor que ningún otro un núcleo de contenido válido, común a cualquier sistema de responsabilidad no fundamentado en la sola vigencia de sus normas, adecuado para brindar un criterio de identificación e interpretación del rasgo positivo de cada bien social que recibe protección jurídica:

‘Bien’ es lo que contribuye a la vida buena del hombre: es cada uno de los medios que conducen al ser humano a su fin. Esa normatividad trascendental, fundada antropológicamente, debería constituir –entre otros criterios, básicamente limitadores– el baremo de medición de la legitimidad de cualquier sistema jurídico-penal legalmente vigente⁸.

⁷ ROXIN, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, *ob. cit.*, p. 437.

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Introducción 1991-2012, en SCHÜNEMANN, Bernd (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Buenos Aires: Euro Editores, 2012, p. LXII. ISBN 978-9974-676-85-5.

La “normatividad trascendental” mencionada por Silva Sánchez define la característica del bien jurídico y legitima las normas del sistema, con relativa prescindencia del modelo de imputación concebido por el intérprete. Ello es así porque no existe un obstáculo teórico por el cual contradecir la compatibilidad entre la idea de un Derecho penal orientado al mantenimiento de expectativas normativas y la idea de bien jurídico entendido como contenido material de las normas⁹. Probablemente, cierta pretensión de neutralidad valorativa auto postulada por una corriente del funcionalismo le impedida aceptar explícitamente la presencia de un valor merecedor de protección distinto del objetivo de conservarse a sí mismo, pero excepto en una posición extrema donde el bien jurídico asimila la totalidad de su contenido a la vigencia de la norma¹⁰, ya la mera intención de mantener expectativas esenciales del cuerpo social es suficiente reflejo de la necesidad de recurrir a un concepto por medio del cual delinear el contenido material de las normas del sistema.

De esta manera, mientras las posiciones que fijan el objeto de protección en las normas vigentes no estén reformuladas como mera preservación de normas *fácticamente* vigentes¹¹, es decir, comprendiendo que la calificación del “bien” deriva del juicio de valor positivo sobre la expectativa social expresada través de la norma y no de la mera vigencia de ésta, los términos del debate entre posturas partidarias y aquellas aparentemente opuestas al bien jurídico adquieren naturaleza semántica antes que estructural¹². El eje de la disputa, en definitiva, no aparece tanto en el *concepto* que cabe otorgarle al bien jurídico –en definitiva, de una manera u otra podrá verse allí al objeto de protección de la norma–, sino más bien en su *contenido* , imprescindible de todos modos para fijar el alcance legítimo del Derecho penal¹³. A continuación, intentará demostrarse de qué manera una difusa delimitación de los

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, 3º ed., Madrid: Edisofer, 2011, p. 124. ISBN 978-84-96261-91-4.

¹⁰ De hecho, el concepto de bien jurídico ni siquiera pasa desapercibido para quienes proponen modelos de explicación alternativos a la protección de bienes o de expectativas sociales, sino basados, por ejemplo, en la tutela del Derecho o del mismo sistema, donde simplemente muta su contenido para identificarse con la pretensión asignada.

¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, Buenos Aires: Euro Editores, 2015, p. 154. ISBN 978-9974-708-63-1.

¹² Los dos modelos principales sobre la función del Derecho penal, uno de ellos orientado a los bienes jurídicos y el otro a la vigencia de las normas nucleares para la configuración social, lejos de ser antagónicos comparten características recíprocas. De la misma manera que este último modelo no puede prescindir de la noción de bien jurídico, el primero tampoco puede desconocer que la protección de bienes supone en simultáneo la de la vigencia de las normas que atribuyen “juridicidad” al bien. La diferencia entre ambos planteos no es drástica sino, como dice Silva Sánchez, de “perspectiva y de matiz”. La protección de bienes, en tanto bienes “jurídicos”, exige llevarse a cabo “protegiendo la vigencia de las normas que los hacen jurídicos, reconociéndoles o atribuyéndoles tal condición”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Introducción, *ob. cit.*, p. LX.

¹³ SEHER, *ob. cit.*, p. 73, donde propone incorporar estructuras de legitimación de normas penales basadas en principios, al modo del modelo angloamericano.

niveles donde opera el mismo concepto de bien jurídico abre la posibilidad al cuestionamiento excesivo (aunque predecible) de su función, opacando una capacidad de rendimiento teórico que es válido defender y tener en cuenta como base para la interpretación de un tipo penal formado de componentes peculiares, como ocurre con el delito de prevaricación judicial.

* * *

2.2. DIMENSIONES POLÍTICO-CRIMINAL Y DOGMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO

2.2.1. Necesidad y merecimiento de pena

1. El punto de partida en el bien jurídico como noción básica a partir de la cual reconocer el objeto de protección del delito requiere el entendimiento cabal de virtudes y defectos de su teoría en el sistema de responsabilidad penal. Esto, a su vez, precisa diferenciar dos grandes dimensiones del concepto, una de ellas *político-criminal* y la otra *dogmática* o interpretativa, equivalentes a sendos niveles discursivos donde su referencia supone un criterio delimitador del poder punitivo. La distinción, muy clara para algunos autores, no lo es tanto para otros, provocando divergencias inevitables sobre la razonabilidad de la teoría sin reparar que cada discusión planteada tiene lugar, a veces, en esferas distintas. Con el objetivo de establecer límites precisos a la utilidad analítica de la noción de bien jurídico, la intención en este tramo inicial del trabajo es remarcar de qué manera la pareja de conceptos *merecimiento de pena* y *necesidad de pena* orienta la diferenciación de las dos dimensiones mencionadas según el sentido asignado a cada una de sus funciones legitimadoras, gracias a la generosa capacidad de rendimiento de ambos criterios para discernir dos juicios de valor básicos en el Derecho penal. Por un lado, el juicio global de desvalor de un hecho, de la “desaprobación especialmente intensa” por concurrir un injusto penal (*Strafwürdigkeit*), y por otro, el juicio de comprobación sobre la inexistencia de otro medio eficaz menos aflictivo que la pena respecto de un hecho en sí merecedor de ser penado (*Strafbedürftigkeit*)¹⁴.

¹⁴ Ver la descripción histórica de ambos conceptos en LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, La relación del merecimiento de pena y la necesidad de pena con la estructura del delito, publicado en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XLVI, Fasc. I, enero-abril 1993, p. 22. ISSN 0210-3001. El autor describe que con en ese

2. En la primera de las dos grandes dimensiones, la definición de bien jurídico conlleva un *sentido político-criminal* sobre la evaluación de aquello *protegible* por el Derecho penal. En este ámbito confluyen principalmente consideraciones de *necesidad de la pena* referidas a una noción de *utilidad* por las cuales es ponderada la conveniencia de la protección jurídico-penal de un bien jurídico (y, en consecuencia, de la tipificación de un comportamiento) como resultado de contraponer los argumentos a favor y en contra otorgados por la realidad social¹⁵. En esta síntesis están latentes los principios de *ultima ratio*, intervención mínima y subsidiariedad del Derecho penal, junto a otras valoraciones, legitimando la injerencia estatal a través de la pena ante la ineficiencia de otros medios jurídicos razonablemente eficaces para la protección.

Aun cuando el componente de necesidad de pena conforma la idea rectora de esta primera dimensión político-criminal del bien jurídico, lleva añadido también otro elemento próximo al concepto de merecimiento de pena suministrado por el principio de fragmentariedad. En efecto, no alcanza con la estimación suficiente de porqué un determinado valor o realidad precisa protección, sino que exige también una nueva ponderación, en este caso acerca de las modalidades de ataque al bien jurídico seleccionando aquellas más graves por su especial desvalor y suficiencia para transformar la consideración de un bien jurídico-penal en un hecho jurídico-penalmente relevante. Algo evidente si se tiene en cuenta que la decisión legislativa de prohibir una conducta bajo amenaza de pena presupone una valoración negativa (de naturaleza preferentemente social, antes que jurídica) sobre ese comportamiento, indicativa del juicio de desvalor propio del concepto de merecimiento.

sentido general entiende una opinión muy extendida la distinción de ambos conceptos (con citas de Bloy, Schünemann y Günther, entre otros). Por cierto, la construcción de un esquema de clasificación axiológica integrado por las nociones de necesidad y merecimiento de pena está lejos de sugerir un planteo original. De manera más o menos patente, el contraste entre los dos criterios ha sido utilizado desde la formación de la dogmática alemana como principio interpretativo dentro de la sistemática general del Derecho penal, inclusive en el ámbito particular de la selección de intereses protegidos: hace casi un siglo Max Ernst Mayer ya exigía explícitamente que el bien jurídico además de *schützbedürftig* (necesitado de protección), debía ser *schutzwürdig* (digno de protección). Mayer, M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2º ed., 1923, pp. 22/23, citado en Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2º ed., Buenos Aires: Euro Editores, 2012, p. 456. ISBN 978-9974-676-39-8. Mayer agrega allí que el bien jurídico también debe ser “susceptible de protección” (*schutzfähig*), como un tercer requisito.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, p. 455. Con cita de HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, pp. 66 y ss. ISBN 84-8442-391-3.

En la segunda dimensión el concepto de bien jurídico refiere al *sentido dogmático* y su análisis opera en otro nivel, ahora como bien jurídico *protegido* –no *protegible*– concentrando su atención en aquello que puede ser reputado como interés tutelado por la norma¹⁶. Aquí el criterio apunta a consideraciones de *justicia*, esto es, de *merecimiento de pena*, y sirve para negar la desvaloración de comportamientos no lesivos de un bien jurídico penal. Por razones metódicas, el sentido dogmático influye con mayor intensidad en el estudio de la Parte especial del Derecho penal ya que el bien jurídico resulta el concepto central para la interpretación del tipo con el cual determinar los elementos objetivos y subjetivos. Asimismo, al identificar elementos comunes sobre varios tipos individuales, funciona como punto decisivo para la clasificación de los grupos penales, conformando un estándar de legitimación y orden jerárquico de intereses protegidos¹⁷.

3. Las dos dimensiones político-criminal y dogmática comparten parcialmente una característica común: ambas funcionan, o deberían hacerlo –en tanto límites–, como mecanismos *negativos* de legitimación. En el primer caso, el bien jurídico (mejor dicho: la constatación jurídica de su ausencia) se emplea mayoritariamente para indicar cuáles conductas *no necesitan* pena por carecer de un bien digno de protección; en el otro, el límite señala las conductas que *no merecen* pena por un déficit de correspondencia entre éstas y el bien. La particularidad de la dimensión político-criminal del bien jurídico, génesis de las controversias sobre la aptitud de su concepto, es que introduce un criterio delimitador que pondría en tela de juicio la legitimidad del mismo criterio, básicamente porque aceptar la función crítica conlleva interpretar su autosuficiencia como mecanismo de recorte judicial a la potestad legislativa de penalizar conductas¹⁸. Ello ocurre en particular con el componente “necesidad” de la dimensión político-criminal, al influir en un ámbito donde la selección de los bienes a proteger penalmente es el resultado de una tarea de corte utilitarista detentada institucionalmente por el poder político, fruto de la evaluación coyuntural de intereses y valores para el grupo social en un determinado momento histórico¹⁹.

La dificultad, hasta ahora imposible de sortear para cualquier teoría, radica en hallar una definición ajustada a todos los tipos penales de la Parte especial cuya legitimidad nadie

¹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: Parte general*, 8º ed., Barcelona: Reppertor, 2009, p. 161. ISBN 9974-578-36-1.

¹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, 5º ed., Granada: Comares, 2002, p. 277. ISBN 84-8444-641-7.

¹⁸ Las mismas dudas respecto a la legitimidad de la función crítica asignada al concepto de bien jurídico, en SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 154.

¹⁹ MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 161.

discute y que, aun así, pueda “expresar algo más”²⁰. Fuera de la referencia valorativa de la cualidad de *bien*, inevitablemente demasiado genérica, no existe un criterio material en su formulación que la habilite a prescindir de la relatividad histórica y social, sencillamente porque no hay forma de identificar fuera de cada contexto un valor ontológico capaz de imponer la necesidad de protección, por más que en la configuración social *actual* pueda asumirse la existencia de normas de las cuales resultaría impensable desprenderse ante el riesgo previsible de disfuncionalidad en las relaciones²¹. Queda claro en todo caso, que el límite analítico no deriva de negar una facultad judicial de recorte a la actividad legislativa que resulta, a decir verdad, inherente al sistema republicano de gobierno y una garantía necesaria para su funcionamiento, sino de fundamentar dicha potestad en la noción de bien jurídico *únicamente* (esto es: sin incluir los más fuertes argumentos jurídicos de necesidad de pena asentados sobre los principios de *ultima ratio*, intervención mínima y subsidiariedad), por más “democrático” que sea el control propuesto²².

Cuando se argumenta porqué motivo algunas conductas vinculadas a la moral privada del ciudadano deben permanecer exentas del poder punitivo del Estado, como ocurrió con aquellas derogadas por la reforma penal sexual en Alemania durante la década de 1970, entran en juego principalmente criterios sobre la determinación cultural de la utilidad social para considerar si lo que está en discusión se trata de un valor digno de protección²³. La improcedencia de la incriminación, en todo caso, se funda sólidamente en la ilegitimidad del Estado de inmiscuirse en conductas privadas del individuo no aptas para menoscabar los derechos de un tercero, y ante esa constatación la doctrina del bien jurídico puede aportar poco más que un refuerzo teórico. La tesis de protección de bienes, de reconocida vertiente

²⁰ STRATENWERTH, *ob. cit.*, p. 65.

²¹ Como síntoma de esa relatividad material y sus consecuencias, la realidad histórica, imposible de rehuir, muestra de qué manera y en diversas etapas la noción de bien jurídico ha sido permeable a la manipulación de su contenido, incluso para justificar normas de regímenes totalitarios o regulaciones directamente opuestas a las garantías individuales, si era conveniente reconociendo en última instancia al propio Estado como titular del interés afectado o puesto en peligro. ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal: Parte general*, 2º ed., Buenos Aires: Ediar, 2014, p. 129. ISBN 978-950-574-155-7.

²² Cfr. HASSEMMER, Winfried, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?, publicado en HEFENDEHL, Roland y otros (comps.), *ob. cit.*, p. 105. Dificilmente la crítica se elude alegando la posibilidad de reconducir la teoría del bien jurídico, en su función crítica, al principio constitucional de proporcionalidad de las leyes como si con ello quedara justificada la operatividad de la limitación jurídica, porque esa respuesta tiene eficacia para explicar la forma común de canalizar cualquier principio limitador de la injerencia penal estatal, pero sigue sin desentrañar el criterio material que legitime restringir la potestad de seleccionar los intereses sociales necesitados de protección, independientemente de las condiciones relativas.

²³ SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho penal*, 3º ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 55. ISBN 950-741-242-5.

deconstructiva, tiene utilidad potencial en ese ámbito para conformar un modelo de orientación político-criminal según otra vertiente *constructiva*, analíticamente delimitada, operando como hilo conductor para la formulación de los tipos penales por parte del legislador²⁴.

2.2.2. Marco de referencia de lesividad de la conducta

1. La pregunta surgida luego de toda esta exposición quizá resulte obvia: ¿cabe aceptar la función dogmática del concepto de bien jurídico aun poniendo límites a su función crítica de la actividad legislativa? La respuesta afirmativa a dicha pregunta no sólo es posible sino también necesaria. Una doctrina del bien jurídico sin la pretensión de suministrar un criterio positivo de identificación –aunque más no sea de forma inversa– al interrogante axiológico de “¿qué prohibir?”²⁵, como si se enfrentara a un requisito ineludible de legitimidad, cuenta con todo el arsenal teórico para servir de criterio indispensable en el juicio de imputación de una conducta.

La muestra más notable del motivo para no prescindir del concepto de bien jurídico es que el núcleo de su contenido resulta factor determinante para la evaluación de la lesividad de un comportamiento. Evidentemente, la función dogmática o interpretativa aparece también –al igual que la función crítica de la dimensión político-criminal– como un criterio negativo de limitación del reproche, pero ya no directamente respecto de la decisión del legislador de incriminar, sino como criterio apto para excluir del tipo penal conductas que no resultan lesivas ni peligrosas para el bien jurídico protegido por la norma²⁶. El respeto irrenunciable al principio de lesividad resulta una de las consecuencias directas del postulado

²⁴ KAHLO, Michael, Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal, publicado en HEFENDEHL, Roland y otros (comps.), *ob. cit.*, p. 49. Con cita de GALLAS, *Grund und Grenzen der Strafbarkeit* (discurso rectoral de Heidelberg del 28.11.1964, pp. 1 y ss.).

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 10ª ed. (segunda reimpresión), Madrid: Trotta, 2016, p. 471. ISBN 978-84-9879-046-7. No conforma un argumento concluyente razonar que la función limitadora cobra legitimidad por el hecho de presentarse como puro mecanismo negativo sin pronunciarse afirmativamente sobre los intereses seleccionados, marcando nada más que la frontera de hasta dónde puede ser reprochable una conducta por su referencia a un bien jurídico protegible. En contra de esa percepción influye otra reveladora del lado opuesto, pues no hay manera de evitar que la contracara de la misma función crítica signifique un juicio tácito de valor positivo de legitimación de normas a través del cual indicar al legislador cuáles intereses sí son necesitados de protección.

²⁶ Cfr. MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 164, donde asigna tres funciones dogmáticas al bien jurídico: *sistemática*, la cual realiza su utilidad clasificatoria; *de guía de la interpretación*, con el mismo carácter excluyente de la función dogmática propiamente dicha expuesta en este trabajo; y *de criterio de medición de la pena*, como condicionamiento del grado de reproche de la conducta a la mayor o menor gravedad de la lesión del bien jurídico o de la peligrosidad de su ataque.

utilitarista del Derecho penal, restringiendo la reprochabilidad según los efectos perjudiciales a terceros, una idea extensamente desarrollada por Bentham para justificar la legitimidad de la prohibición y la pena en general²⁷. Para cobrar vigencia efectiva, el principio exige a la práctica judicial comprobar el menoscabo, y es en esa labor donde el bien jurídico ofrece el marco analítico necesario describiendo lo protegible por una figura como objeto de referencia, en tanto expresión de un valor, para la estimación de cuándo un comportamiento lo ha lesionado o puesto en peligro. En cada caso el criterio revela el interés protegido propiciando la función del concepto de bien jurídico como una demostración *ex post*: dada una regulación, se trata de analizar si la conducta es idónea para quebrantar la norma según una relación de correspondencia entre el bien jurídico protegido y la lesividad del comportamiento en relación con ese bien²⁸.

Fuera de esa descripción general, es una cuestión de hermenéutica jurídica determinar el contenido del bien jurídico en cada norma, pero eso no implica un rendimiento acotado al de simple “concepto metodológico” para la identificación de la *ratio legis*, como critica Roxin cuando niega, inclusive él, ese rendimiento analítico²⁹. En la reflexión contraria influye la estimación del valor latente en el componente “bien” del bien jurídico. Si lo importante, como dice Roxin, consiste en determinar el perjuicio de la conducta para la “coexistencia libre y pacífica de las personas” antes que la mera confirmación de si es satisfecho aquello conocido con la expresiva frase “voluntad del legislador”, el único ajuste teórico pasa por reconocer ese valor protegido en el bien jurídico al momento de contrastarlo con la estructura de la norma. De esa manera el concepto adquiere un rendimiento notable como criterio de interpretación teleológica, cumpliendo a la vez una función intrasistemática de rédito similar, transformándose en uno de los *topoi* esenciales para la exégesis de la aplicación del tipo penal³⁰.

2. ¿Qué queda en limpio hasta aquí para el análisis propuesto sobre el delito de prevaricación judicial? Fundamentalmente, esclarece como principio básico que el objeto de protección del delito cabe identificarlo a partir de la noción de bien jurídico, pues de su

²⁷ BENTHAM, Jeremy, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid: Editora Nacional, 1981, p. 74. ISBN 84-276-0553-6.

²⁸ En sentido similar sobre la función *ex post*, aunque no necesariamente en este mismo aspecto, SEHER, *ob. cit.*, p. 87.

²⁹ ROXIN, Claus, ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, *ob. cit.*, p. 439.

³⁰ VON HIRSCH, *ob. cit.*, p. 33.

contenido brota con nitidez el “poder heurístico” del concepto³¹, imprescindible en un modelo penal orientado a la tutela de intereses positivos del cuerpo social capaces de expresar más que la finalidad de proteger la vigencia de una norma. A pesar de algunas deficiencias en los alcances de la formulación de la doctrina orientada a la protección de bienes –vinculadas, como ya se explicó, al riesgo de limitar excesivamente la tarea político-criminal de selección de intereses dignos de protección–, reside en su concepto un “núcleo cierto”³², cuyo contenido es difícil de reconocer para un sector de la doctrina. La necesidad de identificar el contenido material (en términos de valor) de *lo protegido* mediante la conminación penal del dictado de resolución judicial injusta, objetivo final de este trabajo, requiere seguir entonces los lineamientos que orientan la idea implícita a “un espacio de vida y de existencia de la libertad jurídica personal”, garantizado bajo pena estatal³³. Los autores abocados al estudio del delito de prevaricación judicial han ensayado sobre esta cuestión, sin embargo, respuestas diversas y generalmente alejadas de esa meta, tal como se analizará en el capítulo siguiente.

³¹ WILENMANN, Javier, La administración de justicia como un bien jurídico, publicado en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 36, 2011, p. 548. ISSN 0716-1883.

³² ROBLES, Ricardo, Dogmática de los límites al Derecho penal, publicado en ROBLES, Ricardo (comp.), *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires: Euros Editores, 2015, p. 34. ISBN 978-9974-708-46-4.

³³ DEGENER, *Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzblichen Erfolgsdelikte*, Baden-Baden, 2001, pp. 262 y ss., y 278, n. 569, citado en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, Introducción 1991-2012, *ob. cit.*, p. LIX, n. 33.

La doctrina ha esbozado a lo largo de su desarrollo diversas teorías con la finalidad de descifrar el objeto de protección del delito de prevaricación judicial. Las opciones incluyen argumentos de lo más variados, aunque tienen en común mayoritariamente la referencia explícita y genérica de la “administración de justicia” como bien jurídico protegido. Las distintas posturas parecen aludir indistintamente, en efecto, al delito de prevaricación y a la categoría legal a la que pertenece la figura mediante fórmulas que fijan el contenido de lo protegido, por ejemplo, en el “servicio público que presta la administración de justicia”¹, en la “protección del prestigio de la Justicia como poder del Estado”², en la “en el ejercicio de la función jurisdiccional”³ o en la “protección del derecho a la tutela judicial efectiva”⁴, entre muchas otras. Realizar aquí una descripción acabada y crítica de todas las explicaciones existentes insumiría la extensión completa del presente trabajo e implicaría, paralelamente, abandonar la pretensión asumida al inicio de formular una propuesta interpretativa personal respecto del tema analizado. Por esa razón en el presente capítulo serán expuestos sucintamente los lineamientos de sólo algunas de las posturas doctrinarias, seleccionadas y clasificadas según un criterio útil para uno de los principales propósitos de este trabajo, referido a identificar el eje de protección de la norma en el ciudadano y no en el Estado. De todas

¹ GONZÁLEZ RUS, Juan José, en COBO DEL ROSAL (comp.), *Curso de Derecho penal español: Parte especial*, Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 455/6, citado en FERRER BARQUERO, Ramón, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 26. ISBN 84-8442-685-8.

² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Estudios sobre la Parte especial del Derecho penal*, 2º ed., pp. 447/8, citado en RAMOS TAPIA, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 112. ISBN 84-8442-063-9.

³ MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona: Bosch, 2000, p. 42. ISBN 84-7698-605-0.

⁴ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, Introducción a los delitos contra la realización de la Justicia, publicado en SERRANO BUTRAGUEÑO y otros (comps.), *Delitos contra la administración de justicia*, pp. 30/1, citado en FERRER BARQUERO, *ob. cit.*, p. 27.

maneras, como se verá a continuación, los argumentos utilizados por uno y otro grupo de teorías resultan polivalentes e intercambiables, diluyendo gran parte de las diferencias ideológicas de ambas.

* * *

3.1. EL EJE DE PROTECCIÓN EN LA DIMENSIÓN ESTATAL

3.1.1. Infracción del deber del cargo

1. El fundamento del ilícito prevaricador como infracción del juez a un deber en su cargo concentra el análisis en la relación directa del autor con el Estado. Según esta concepción, el injusto del delito lo constituye el quebrantamiento de un *vínculo de fidelidad juzgador-Estado* demostrado en la actuación contraria al rol asignado que hace ver al comportamiento del juez, al mejor estilo de un reproche moral, como “traición de un deber altamente personal”⁵. Los exponentes más reconocidos de esta teoría han sido mayoritariamente autores alemanes, entre ellos Maurach, Metzger y von Liszt, cuya visión estatalista de lo protegido queda reflejada en locuciones del tipo *pérdida de la confianza pública en la pureza del ejercicio del cargo, quebranto de la confianza al Estado, integridad de la función pública, desprestigio de la autoridad, deslealtad o quebranto de la confianza* o, llanamente, *integridad del Estado*⁶, como descripciones habituales de los intereses lesionados con la conducta ilícita del juez.

También en España la infracción al deber en el cargo fue utilizada como fundamento de la prevaricación y, en general, de todos los delitos contra la administración pública de acuerdo a la clasificación del Código Penal español vigente antes de la reforma de 1995. La prevalencia del interés del Estado como eje de la protección penal, contenida en la argumentación desde la pura lesión al deber, originó que la prevaricación careciera de una definición concreta y distintiva de otras formas de infracción de deberes funcionariales. Fuera de la

⁵ La frase pertenece a RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 89.

⁶ MAURACH, Reinhart, *Deutsches Strafrecht Besonderer Teil*, Karlsruhe, 1969, p. 740; MEZGER, Edmund, y BLEI, Hermann, *Strafrecht II Besonderer Teil*, München/Berlin, 1966, p. 320; LISZT, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Berlín, 1902, p. 563, citados en GÜIDI CLAS, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el Derecho comparado*, Barcelona: Bosch, 2006, pp. 115 y ss. ISBN 84-7698-758-7.

consideración a la mera lesión del cargo, decía Puig Peña, “todo lo más que se puede decir de ella [la prevaricación] es, en sentido amplio, que consiste en *faltar a la obligación de la autoridad o cargo que se desempeña*, en los cometidos y en las formas que establecen los artículos del Código”⁷.

2. Un sector de la doctrina enrolada a la misma concepción, advertido de la necesidad de restringir una punibilidad extrema desde el plano teórico, apenas pudo establecer algún límite mediante la adición de requisitos de *lege ferenda* a la violación meramente formal al ejercicio del cargo. No faltaron entonces interpretaciones sosteniendo que la infracción debía ser *maliciosa* para expresar una voluntad especialmente reprochable del autor que confiriera relevancia penal, o bien que la conducta debía importar una forma grave de *abuso de autoridad*, una idea justificada también en las peligrosas derivaciones del rol monopólico del juez para dictar el Derecho⁸. Las palabras de Groizard describen algunos rasgos de esta postura, situando al abuso inherente de la conducta prevaricadora como forma especial de traición a una relación de mandato entre juez y Estado:

La naturaleza de la prevaricación se determina por la existencia de un abuso de confianza que crece y se aumenta, tanto por la calidad de la persona que lo realiza como por los efectos del acto consumado. Entre el Estado y los funcionarios públicos hay una relación de derechos análoga a la que existe entre el mandante y el mandatario. El juez que prevarica, la autoridad administrativa que en tal falta incurre, *quebrantan el mandato aceptado*, abusan de sus atribuciones, *hacen traición* al depósito de autoridad, de confianza y de fe que los poderes públicos les han confiado⁹.

3. La buena voluntad de las limitaciones interpretativas a la teoría de la infracción del deber en el cargo es insuficiente para contrarrestar las críticas evidentes a su concepción. La consecuencia más drástica de esta postura, correlativa a su fundamentación de sesgo autoritario imposible de soslayar, consiste en que no ofrece ninguna delimitación decisiva entre ilícitos penal y disciplinario, al punto de que ambos quedan equiparados totalmente impidiendo identificar al objeto de protección del delito en otra cosa distinta a la relación funcional *per se*. En un punto, a pesar de ello, la fórmula tiene un núcleo acertado, ya que reconoce la existencia de un vínculo capaz de obligar penalmente al juez a cumplir un deber. El

⁷ PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal: Parte especial*, t. III, 4º ed., Madrid, 1955, pp. 305/6, citado en RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 88.

⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, 1951, p. 775, citado en GÜIDI CLAS, *ob. cit.*, p. 120; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBÁN, Juan Manuel, *Elementos de Derecho civil y penal de España*, t. III, 12º ed., Madrid, 1877, p. 314, citado en RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 90. También en Italia: INFANTINI, Francesco, *L'abuso della qualità o delle funzioni di pubblico ufficiale in Diritto Penale*, Milano, 1974, pp. 136/7, citado en GÜIDI CLAS, *ob. cit.*, p. 119.

⁹ GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, t. IV, Salamanca, 1891, p. 82, citado en RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 91.

aspecto donde falla principalmente la teoría es en la identificación del *partner* de esa relación, porque erróneamente ve en el Estado, y no en un componente social, a la contraparte beneficiaria del deber, transformando el sentido de su argumentación en moralizante e insostenible. La objeción, en el fondo, tiene que ver con una idea central de este trabajo ya esbozada en el capítulo anterior, referida a la necesidad de identificar el interés de protección de toda norma penal en algo distinto a la funcionalidad en provecho exclusivo del propio Estado.

3.1.2. Función jurisdiccional

1. En una variante matizada de la postura anterior, un sector de la doctrina interpreta que el objeto de protección de la prevaricación judicial se sitúa en la función jurisdiccional. Así surge, por ejemplo, de la explicación de García Arán para quien el fundamento del delito radica en la lesión a un deber del cargo que daña el prestigio de la administración de justicia y, particularmente, la función jurisdiccional, una de las funciones constitucionales del Estado Social y Democrático de Derecho¹⁰. La misma idea aparece también en definiciones como la de Rusconi en la doctrina argentina, donde la relación entre la potestad jurisdiccional y la infracción al deber del cargo adquiere también contenido moralizante al entender que la administración de justicia “pretende asegurar la pureza institucional de la decisión judicial” protegiéndose “frente a los actos infieles de quienes tienen la responsabilidad de administrar justicia y de aquellas personas que representando intereses también públicos colaboran con esa función”¹¹.

Por último, una tercera posición destacable donde domina el ejercicio de la función jurisdiccional como idea rectora de la administración de justicia –aunque exenta de prédicas éticas o moralistas– es la de Ferrer Barquero, autor de uno de los últimos trabajos de investigación dedicados con exclusividad al delito de prevaricación judicial¹². La posición central del autor comienza por resaltar el papel desempeñado por el juez en un Estado de Derecho,

¹⁰ GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Madrid: Tecnos, 1990, pp. 31 ss., p. 125. ISBN 84-309-1863-9.

¹¹ RUSCONI, Maximiliano, El delito de prevaricato judicial, publicado en RUSCONI (comp.), *Delitos contra la administración de justicia*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. pp. 9 y 18, respectivamente. ISBN 987-507-210-9.

¹² FERRER BARQUERO, *ob. cit.*

definido en el ejercicio de la función jurisdiccional conforme al imperio de la ley. La sujeción del juez al ordenamiento jurídico adquiere en la formulación de Ferrer Barquero el mismo valor que la función jurisdiccional conformando una suerte de componente que co-define el contenido de la administración de justicia.

2. La última idea complementaria de la función jurisdiccional desdibuja, sin embargo, el valor a partir del cual razonablemente podría detectarse la característica esencial del bien jurídico protegido. Creer que la función de la administración de justicia tiene como peculiaridad “la total sumisión al ordenamiento jurídico” constituye un error habitual en las formulaciones doctrinarias en esta materia confundiendo lo protegido penalmente con el modo de llevar a cabo la protección, como se verá también al analizar la siguiente postura. El “sometimiento” al ordenamiento jurídico no se diferencia, en realidad, del que afecta legítimamente a cualquier otra actividad del Estado y, con mayor magnitud, a toda persona responsable que participa del intercambio social porque, para decirlo con otras palabras, *el Derecho impera en todos los ámbitos juridificados*, no solamente en la administración de justicia o en la actividad del juez. No hay, en este sentido, ninguna excepción por la cual deba inferirse en la sujeción al Derecho la nota característica de la administración de justicia¹³.

3.1.3. Protección del Derecho

1. Con leves variaciones, los mismos argumentos circulan entre las diferentes posturas que buscan explicar la naturaleza del ilícito prevaricador. Así, la “total sumisión al ordenamiento jurídico” mencionada por Ferrer Barquero como complemento de la función jurisdiccional protegida a través de la incriminación del comportamiento del juez constituye en otras formulaciones directamente el fundamento principal de la protección. Hace más de cinco décadas Rudolphi sostenía que la razón del delito de prevaricación consiste en *garantizar el imperio del Derecho*, ya que la función del Derecho mismo se encuentra orientada a la conformación de un ordenamiento justo para la vida social. A decir verdad, el fin último

¹³ FERRER BARQUERO, *ob. cit.*, p. 40. Quizá por advertir inconscientemente la ausencia real de un componente distintivo en la administración de justicia en general, y en la prevaricación en particular, Ferrer Barquero agrega el requisito de *abuso del cargo* en la conducta del juez que tuerce el Derecho para poder inferir la responsabilidad por prevaricación, incorporando de esa manera idéntica limitación a la empleada por algunos partidarios de la postura justificativa del ilícito prevaricador en la infracción del deber en el cargo.

sería tutelar un interés social implícito en la ley, pero realizable solamente mediante la protección de la vigencia de las normas del Estado. En este esquema la injusticia típica de la resolución resulta inseparable del objeto de protección, porque el juez tuerce el Derecho cuando decide en base a consideraciones ajenas al asunto jurídico, dejando de construir su convicción del caso sobre la base de los métodos y principios aplicables en Derecho¹⁴.

Similar a la posición de Rudolphi es la postura de Ramos Tapia, al menos en la identificación del interés protegido. Para Ramos, la administración de justicia conforma, antes que una función en beneficio del ciudadano, una institución de la cual depende la existencia misma del Estado de Derecho. Lo destacable de la posición de Ramos Tapia es que el fundamento de la prevaricación no aparece en la lesión de un bien jurídico (al menos así lo explica en su tesis), sino en la infracción de un deber que vincula al juez con una institución. Aplicando su interpretación de la teoría de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber entiende que en la prevaricación judicial se verifica un desplazamiento de la lesión a un bien jurídico a la no-producción de un bien jurídico. Para ella el ilícito del juez consiste, por el contrario, en el incumplimiento de un deber de exclusiva sumisión a la Constitución y al imperio de la ley:

Con el delito de prevaricación judicial por dictar resolución injusta el legislador pretende asegurar penalmente el cumplimiento del juez de su deber de garante de la realización del Derecho en la administración de justicia, sancionando el incumplimiento de un deber esencial de su estatus o posición funcional en el Estado Constitucional de Derecho: la exclusiva sumisión al ordenamiento jurídico¹⁵.

2. La posición de Ramos Tapia tiene el mérito de explicar el ilícito del juez por dictar resolución injusta reparando en la infracción a un deber originado en el estatus especial de su rol institucional (una tesis compartida en este trabajo, tal cual se explicará más adelante), pero no atina en la identificación del interés protegido mediante la asignación del deber típico. Al asumir que el objeto de protección es el Derecho en tanto conjunto de principios y normas que conforman el ordenamiento jurídico, cae en el desatino inevitable de entender que el bien jurídico no existe al momento del comportamiento ilícito del juez, de tal manera que el Derecho penal no protegería en realidad ningún bien jurídico, sino que garantizaría el resultado (futuro) esperado de la institución, provocando una consecuencia contraria a la propia apreciación positiva de Ramos Tapia sobre la idea protectora del bien jurídico. La

¹⁴ RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1970, vol. 82, p. 627. ISSN 0084-5310.

¹⁵ RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 143.

estructura del error argumentativo es, por cierto, bastante habitual en otras explicaciones que también confunden lo protegido en la administración de justicia y en la prevaricación con la forma regular de llevar a cabo la protección. Ello sucede, por ejemplo, en posturas que identifican a la administración de justicia con la protección de la *independencia* o la *imparcialidad* –entre otros principios de actuación–, o más genéricamente, con la legalidad en el desempeño de los funcionarios¹⁶.

* * *

3.2. EL EJE DE PROTECCIÓN EN LA DIMENSIÓN SOCIAL

3.2.1. Derechos de las partes en el proceso

Una forma de explicar el fundamento del injusto del delito de prevaricación judicial consiste en remitir a los derechos o intereses de las partes involucradas en el proceso. Según esta postura, la norma tendría por objeto una protección mediata de los particulares a través de la conminación penal al juez ante la posibilidad del dictado de resoluciones que injustamente violen sus derechos. Ejemplo: la libertad personal no estaría protegida únicamente a través de los diferentes tipos penales que la tutelan expresamente, sino también amenazando con pena la conducta del juez que resolviere injustamente detener a una persona.

La doctrina no avanzó demasiado con este argumento como justificativo único o principal del injusto de la prevaricación. En la literatura española hay que indagar en autores de finales del Siglo XIX como Gómez de la Serna o Viada para hallar algunas referencias, presentes más bien al modo de consideraciones auxiliares con la finalidad de señalar las graves consecuencias derivables de la resolución injusta del juez¹⁷. Si bien a esta postura le corresponde el mérito de identificar al beneficiario de la protección en algo ajeno al Estado, tiene el déficit de asignarle al delito de prevaricación una función supra protectora de otros derechos que termina desconociendo en ella cualquier valor autónomo. Algo similar ocurre

¹⁶ TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de, *La prevaricación del funcionario público*, 1º ed., Madrid, 1980, p. 332, citado en GÜIDI CLAS, *ob. cit.*, p. 130.

¹⁷ GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos*, y VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código Penal reformado de 1870*, t. II, 4º ed., p. 532, ambos citados en RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 129.

con otras explicaciones donde el objeto de protección es identificado, por ejemplo, en el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que su valor aparece condicionado al reconocimiento de algún derecho distinto que ha sido vulnerado¹⁸.

3.2.2. Condición de posibilidad de libertad

Una postura menos difundida en comparación con las anteriores pero muy rica en su formulación es la desarrollada por Wilenmann en un artículo donde asume la tarea de reconstruir el contenido del bien jurídico “administración de justicia”. El autor, a partir de la descripción de la función cumplida por el Derecho en la sociedad moderna, fundamenta que la administración de justicia está constituida por un conjunto de condiciones y deberes requeridos por la misma institución para cumplir, en las condiciones contingentes de cumplimiento de la función del Derecho, con la prestación que entrega a la sociedad, constituyendo una condición de posibilidad para el ejercicio de la libertad¹⁹. Esta interpretación tiene el mérito de ubicar al beneficiario del bien jurídico en el colectivo social, una característica que es acorde a la estructura del bien jurídico analizado y difícil de identificar en la formulación de las demás teorías que intentan explicar el contenido de la administración de justicia. Además, lleva en su formulación una idea tampoco menor y también desatendida por gran parte de la doctrina, relativa a reconocer en el ejercicio de la libertad el fundamento último legitimador de la protección.

Por su relevancia y relación parcial con la tesis propuesta en el presente trabajo, las notas críticas que cabe mencionar sobre ciertos aspectos de su formulación teórica serán desarrolladas más adelante²⁰, aunque cabe adelantar que la síntesis del cuestionamiento es estructuralmente idéntica a la de otras formulaciones. Básicamente, su déficit principal consiste en no lograr concretar el contenido autónomo del bien jurídico, y esa carencia es la que lleva a Wilenmann a sostener el carácter “anómalo” de los delitos contra la administración de justicia, en la medida que la utilidad específica del bien operaría en un nivel de protección del ciudadano distinto al resto de las normas penales, encargado de servir de “condición para la posibilidad” del ejercicio de la libertad.

¹⁸ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, Introducción a los delitos contra la realización de la Justicia, publicado en SERRANO BUTRAGUEÑO y otros (comps.), *Delitos contra la administración de justicia*, citado en FERRER BARQUERO, *ob. cit.*, p. 27.

¹⁹ WILENMANN, *ob. cit.*, p. 533.

²⁰ Ver *infra* 4.1.2.2.

4.1. CONCRECIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**4.1.1. Configuración institucional del bien jurídico “administración de justicia”***4.1.1.1. Interés colectivo, referencia individual*

1. Si una de las características de la noción de bien jurídico consiste en su capacidad de rendimiento para obtener criterios de interpretación teleológicos sobre el interés protegido en los tipos de la Parte especial y reconocer a través de ellos, en consecuencia, elementos en común que faciliten su sistematización, resulta lógico que la concreción del bien jurídico del delito de prevaricación judicial comience con la definición previa del contenido tutelado, con carácter general, por el conjunto de normas al que pertenece el delito. Siguiendo la nominación legal y la relación de proximidad valorativa entre prevaricación y otros tipos penales vinculados con la figura, parece útil adoptar el nombre, mayoritariamente aceptado, de “administración de justicia” para designar al bien jurídico protegido en el grupo de delitos asociado al ilícito del juez por torcer el Derecho.

La fórmula genérica de la administración de justicia tiene la ventaja inicial, en efecto, de compatibilizar con los distintos puntos de vista vinculados con su mención frecuente: orgánico, estructural, funcional y político¹. Sin embargo, la misma polisemia del término provoca más dudas que certezas cuando de lo que se trata es de definir el interés protegido mediante la conminación penal, porque exige fundamentar cuál (o cuáles) de los sentidos

¹ POLAINO-ORTS, Miguel, Delitos contra la administración de justicia. Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Código Penal español, publicado en *Revista Oficial del Poder Judicial del Perú*, año 4-5, ns.º 6-7/2010-2011, p. 374. ISSN 1997-6682.

posibles es el relevante y hasta dónde cabe extender su alcance. La elección del nombre apropiado para el bien jurídico, en ese sentido, no dice lo suficiente sobre la cuestión verdaderamente trascendente relativa a determinar su posición de referencia para la protección penal, una tarea que conlleva dificultades peculiares para el caso de la administración de justicia derivadas, por un lado, de su conformación extraña a la composición corpórea tradicionalmente atribuida a los bienes jurídicos, y por otro, de la necesidad de conformar una descripción suficientemente concreta donde encuentren cabida modalidades de ataque visiblemente dispares respecto del mismo bien. El logro de un criterio de convergencia para figuras especiales y comunes, y la individualización del interés colectivo en juego que favorezca identificar formas de comportamiento lesivos, constituyen los mayores desafíos en la tarea de dar contenido al bien jurídico contrarrestando la abstracción implícita de su estructura orientada a las figuras de peligro. En lo que sigue intentará exponerse cómo del resultado de ese análisis podría originarse una modificación de la percepción tradicional sobre la estructura de los delitos contra la administración de justicia, y en particular de la prevaricación.

2. En general, la tarea de concreción de cualquier bien jurídico expresa la pretensión de reconocimiento del valor a una realidad empírica. En ese ejercicio, la misma noción de bien jurídico refleja el sentido de una relación dialéctica de realidad y valor donde concurren intereses individuales según una referencia colectiva. La dimensión social es el sentido funcional en que las instituciones u objetos reales interesan al Derecho, condicionando las posibilidades de participación del individuo en el sistema social². A veces, como ocurre con la función estatal de administrar justicia, las posiciones de intereses y referencias aparecen invertidas, y los que confluyen en la relación dialéctica son intereses colectivos y referencias individuales o, según la fundamentación elegida, referencias también colectivas. La sola variación de titularidad en los intereses en juego produce dificultades explicativas de la legitimidad de la protección de la norma si no se repara de qué manera incide la posición del individuo. De hecho, el principal defecto de las teorías que intentan reconducir el contenido de un bien jurídico colectivo a la referencia siempre directa a intereses individuales tiene que ver con el desconocimiento de la nota de *indivisibilidad* y cómo ésta condiciona la evaluación de la relevancia funcional del bien en el desarrollo de la persona.

² MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 163. Con citas de CALLIES, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, pp. 143 ss., y KINDHÄUSER, *La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad*, p. 206.

El déficit descriptivo, evidente para bienes como la administración de justicia, se retrotrae al comienzo mismo del análisis dogmático del Derecho penal. Ya a comienzos del Siglo XIX, aun en la etapa previa a la elaboración de una teoría del bien jurídico, Feuerbach debió caer en la contradicción de admitir en la praxis de su Código penal de Baviera de 1813 la punibilidad de comportamientos inexplicables para una teoría de la delimitación punitiva conformada por el criterio de lesión de un derecho subjetivo de la víctima³. La realidad social ha demostrado al menos desde entonces la disonancia de cualquier concepción radicalmente antropocéntrica en la selección de intereses necesitados y merecedores de protección penal. La demostración más evidente –destacada por la doctrina– es que nadie hasta el día de hoy se ha limitado a castigar los comportamientos dirigidos exclusivamente contra bienes jurídicos individuales, ni ha emprendido nunca el desafío de formular un Derecho penal donde no tuvieran cabida, por ejemplo, delitos contra la administración pública o de justicia⁴.

A pesar de sus contradicciones, la teorización decimonónica de Feuerbach sirvió para construir la idea, consolidada con el tiempo y la expansión de un “núcleo verdadero” de la teoría personal del bien jurídico, según la cual el objeto de protección de la norma penal requiere un enlace, al menos de modo indirecto, con el libre desarrollo del individuo. El hecho de que esa relación con la persona no quede establecida siempre en forma directa respondería a un motivo programático de la protección, toda vez que el mismo valor añadido del interés particular justificante de la injerencia penal es garantizable de manera eficiente en algunos supuestos solamente si el Estado protege en paralelo las instituciones intermedias en las relaciones del individuo con otros miembros del grupo social o con el propio Estado.

4.1.1.2. Rasgo institucional del interés protegido

1. Cuál es el fundamento de la protección penal de las instituciones y hasta dónde es legítimo extender la responsabilidad en razón de ellas, son cuestiones escasamente comprensibles desde un análisis ajeno a las particularidades de cada institución y su vínculo con el

³ KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal [en línea; última consulta: 18.6.2017], publicado en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2009. ISSN-e 1698-739X, p. 6. Disponible en <http://www.indret.com/es/index.php>. En Feuerbach, junto a la lesión de un derecho subjetivo de la víctima, solamente los ataques contra la existencia del Estado justificaban la incriminación de un comportamiento.

⁴ HEFENDEHL, El bien jurídico como eje material de la norma penal, publicado en HEFENDEHL, Roland y otros (comps.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 176. ISBN 978-84-9123-069-4.

orden social vigente. Sí vale aclarar, en todo caso, que el sentido aludido en este ámbito al rasgo *institucional* de una realidad no se corresponde necesariamente con el significado “fuerte” del concepto de institución derivado de la definición de Jakobs para referirse al cerrado núcleo de relaciones fundamentales de los delitos de infracción de deber, a pesar de que en su formulación, justamente la administración de justicia constituye también una institución, para Jakobs justificada en la *importancia máxima* de su representación para la configuración social⁵. La acepción “débil” o amplia de institución –por lo menos en lo que respecta a sus consecuencias menos restrictivas y no tan intensas; de todos modos, siempre inclusiva también de la administración de justicia– es suficiente para significar lo importante de este tramo del trabajo. En concreto, la pura alusión a un ámbito preconfigurado jurídicamente más allá de la contingencia de su mayor o menor utilidad relativa para la sociedad, según un fundamento general de “confianza especial”, más que de “habituaación” a una relación social típica⁶.

2. Algunas de las relaciones preconformadas conectan con prestaciones estatales protegidas en forma intensificada fruto de su relevancia social, como ocurre con la administración de justicia. Por su importancia, la necesidad de tutela penal de algunas instituciones

⁵ Jakobs entiende por institución “la forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual, y que más bien contribuye a constituir a ésta” (JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*, 2º ed., Madrid: Marcial Pans, 1991, pp. 993/4, n. 114. ISBN 84-7248-301-0. Con cita de DUBIEL, en RITTER y GRÜNDER [eds.], *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. IV, 1976, voz “institución”, n.º 5). Mediante esa definición Jakobs pareciera asumir una concepción amplia, en el sentido de las Ciencias Sociales, pero luego en la práctica limita las instituciones a unas pocas relaciones básicas capaces de originar deberes positivos. En este mismo sentido, ROBLES, *Deberes negativos y positivos*, publicado en ROBLES, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires: Euros Editores, 2015, p. 112. ISBN 978-9974-708-46-4.

⁶ En principio, la extensión del significado de institución analizada aquí es más cercana a la definición tradicional de instituciones en Derecho empleada por Henkel, descritas por él como “elementos decisivos ordenadores de las relaciones humanas”, en el sentido de expresar normas para el comportamiento en una relación social determinada. En la formulación de Henkel las instituciones se apoyan sobre la noción de “habituaación” (*Habitualisierung*) del comportamiento en relaciones sociales típicas”, por la cual se dirigen expectativas de conducta en el sujeto que participa de ellas. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 2º ed., 1977, pp. 357 y ss, citado en ROBLES, *Deberes negativos y positivos*, *ob. cit.*, p. 116. (Robles toma la noción de instituciones de Henkel con la intención final de demostrar que la infracción a deberes positivos generados en una relación institucional no puede significar la imputación de un resultado en los mismos términos en que se produce la infracción a deberes negativos.) Si la consecuencia de la habituaación es una restricción de la libertad general de acción, en la medida que la persona interviene en la relación, pero no puede modificar el modelo prefijado de comportamiento, quizá más expresiva todavía que la posición de Henkel resulta la idea de “confianza especial” conferida por Silva Sánchez para la fundamentación institucional. En Silva, también la repetitividad de actos supone un límite a la capacidad de organización del individuo, pero la nota de confianza refleja quizá con mayor claridad que la restricción organizativa conlleva una expectativa para el beneficiario de la relación y la conformación de *deberes* para un obligado, de intensidad variable según el grado de vinculación de la persona con la institución. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *En busca del Derecho penal*, p. 165. El autor define allí a las instituciones como “representaciones complejas sobre situaciones tipificadas, relaciones de acciones y procesos”.

deviene tan elemental que sugiere una justificación lógica para evitar la desconexión entre normas elementales y realidad. De hecho, en algunos sistemas de responsabilidad su noción es más intuitiva que en otros. Por ejemplo, en el funcionalismo sistémico la explicación de los delitos contra la administración de justicia como institución básica del orden social aparenta un fundamento inherente a la misma conservación del orden jurídico. El razonamiento es el siguiente: al existir una expectativa normativa nacida en la institución básica de no dañar a los demás (*neminem laede*), entonces el sistema precisa de otra expectativa legítima basada en una institución positiva de rango similar que encaje como cláusula de cierre garantizando la eficacia real de la institución negativa originaria. Un discípulo de Jakobs confirma esta intuición:

El desarrollo negativo a la libertad –institución negativa– sólo adquiere en ciertas ocasiones su verdadera relevancia práctica cuando puede ser defendido en un proceso judicial; esto es, cuando existe a la vez un deber *positivo* de que los testigos declaren en juicio, de que los fiscales defiendan la legalidad, de que los jueces dicten sentencia, etc., o, dicho de una manera más general, cuando existe una institución positiva conocida como Justicia⁷.

A pesar de su lógica intra sistémica, esta explicación es poco satisfactoria para fundar un rendimiento autónomo de la institución. En la lógica funcional, la administración de justicia constituiría una suerte de meta norma para las restantes al representar una condición genérica para la estabilización de expectativas normativas. Ello conduce en el mejor de los casos –esto es, cuando no implique directamente la negación de todo valor social como realidad empírica–, a desviar la argumentación sobre lo protegido en cualquier tipo penal de esta categoría hacia aquello atinente a la norma cuya expectativa decayere como consecuencia de una afectación a la administración de justicia, una circunstancia que implicaría desconocer cualquier valor autónomo fuera del simple respaldo contra fáctico de la vigencia de una norma distinta.

3. En el capítulo anterior quedó claro que el déficit para fundamentar un valor propio de la administración de justicia no es patrimonio exclusivo de una concepción funcionalista del Derecho penal. La misma deficiencia se detecta en otras posturas, más cercanas a la idea de protección de bienes jurídicos –aunque construidas mediante fórmulas quizá demasiado abstractas–, donde el rendimiento de la administración de justicia es asignado a su función de posibilitar los derechos de las partes en el proceso, el libre desenvolvimiento de la libertad, las formas de convivencia o, genéricamente, la libertad general de acción. En cuanto

⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002, p. 144. ISBN 84-7248-966-3. El destacado corresponde al original.

fundamento liberal, vale notar que desde una interpretación personalista como es la dominante en el pensamiento occidental a partir de la época de la Ilustración, todo lo protegido encuentra justificativo final en la libertad, por lo cual no parece expresarse con esa noción ninguna definición singular, al menos no una distinta a la que debe estar ya implícita en los demás bienes jurídicos. Esto no implica desconocer que un funcionamiento indemne de la administración de justicia redunde favorablemente o inclusive resulte condición para la estabilidad de formas de convivencia libres o del libre desenvolvimiento individual (si la pretensión es atender más a la propiedad “personal” de su utilidad liberal, como hace la última fórmula), sino de demostrar que esa funcionalidad conexas no la identifica a través de una definición concreta de contenido ni sirve como categoría sistematizadora de la tipicidad, con la cual adoptar pautas de interpretación teleológica con relación a cada modalidad de ataque⁸.

Desde este punto de vista, las posturas abstractamente liberales padecen la misma falencia explicativa del funcionalismo sistémico en cuanto a la estructura de la fundamentación. Si la administración de justicia tiene su razón de ser en posibilitar la libertad (sin una precisión de contenido directo) entonces la afectación de cualquier delito de la categoría inevitablemente debería interpretarse como detrimento de un presupuesto de la posibilidad, y no de la libertad misma. El concepto aludiría entonces, al igual que en una concepción funcionalista sistémica, a una supra categoría de delitos “anómalos” huérfanos de injusto propio, cuyo rendimiento quedaría restringido a ejercer de “condición de condición” para la realización de un interés distinto⁹. El error, recurrente en el ámbito de la justificación material, se explica en razón de una confusión primaria acerca de la administración de justicia como objeto *protector* y como objeto *protegido* que termina adjudicando a ambos objetos el mismo contenido desconociendo su forma distinta de operar. Una diferencia insinuada ya en la falta de amplitud coincidente entre la primera dimensión de “bien protector”, limitada por definición a su referencia al ámbito penal, y la segunda de “bien protegido”, donde esa restricción no acontece.

⁸ Más aún, desde un punto de vista poco pretencioso acerca de la utilidad del concepto de bien jurídico como límite crítico de la actividad del legislador, la evaluación de la funcionalidad de una norma atada a un criterio único y escasamente concretado como el de *libertad* significaría poner en jaque la propia autolimitación interpretativa, pues obligaría a declamar la ilegitimidad de una norma si no se adecuare a esa finalidad. La amplitud y flexibilidad del concepto de libertad permitiría evitar de todos modos esa consecuencia, si el intérprete así lo quisiera, mientras no quede especificado el aporte directo del bien.

⁹ Particularmente, reconoce en su descripción el carácter anómalo de los delitos contra la administración de justicia, WILENMANN, *ob. cit.*, p. 560.

4.1.2. El derecho a la resolución judicial correcta

4.1.2.1. Contenido axiológico

1. A diferencia de las posturas reseñadas, este trabajo propone alcanzar una descripción de la administración de justicia liberada del anclaje a justificaciones sistémicas manifiestas o indirectas –y por lo tanto desatada de la neutralidad valorativa latente en la exigencia de mera funcionalidad interna–, o en su caso de la poco concretada referencia a su “condición de condición” de la libertad. El propósito es dar cabida a un criterio de interpretación general de los tipos penales relacionados con la categoría “administración de justicia” a la cual pertenece la prevaricación judicial a partir de una descripción de valor, pero atendiendo a las cualidades institucionales del bien jurídico. Esta pretensión debe asumirse como una exigencia conceptual, porque una definición de bien jurídico sería incongruente si se atuviera a la facticidad de la protección jurídica y no contemplara una valoración positiva de una realidad empírica capaz de operar como guía de interpretación para la subsunción típica. En la medida que la petición utilitaria no puede ser autorreferencial al sistema y la remisión genérica a su condición de libertad no conforma un criterio suficientemente preciso (al menos mientras no quede en claro el contenido del aporte específico a la libertad de parte de la administración de justicia), la cuestión pasa por descifrar la referencia axiológica que orienta la necesidad de protección penal.

2. Una vez reconocido el objetivo de identificar la cualidad positiva de la realidad o situación indispensable para reconocerle su carácter de *bien*, cabe preguntarse si –y en ese caso en qué medida–, este valor surge de la estimación de la relación directa con el individuo, o si ese vínculo puede aparecer intermediado por una asignación a la sociedad, y recién a través de allí trascender al ciudadano. La opción por la primera alternativa conduciría a una restricción considerable en la aplicación del tipo penal que se trate, pues conforme a una interpretación coherente de sus consecuencias solamente podría considerarse menoscabado el bien jurídico “administración de justicia” si la forma de ataque ocasionare o pudiere ocasionar en el caso concreto un perjuicio a un sujeto determinado. Ejemplo: según una aplicación radical de esa postura, no lesionaría la administración de justicia la decisión del juez o tribunal de absolver injustamente al funcionario público acusado de un hecho de corrupción.

Pero antes de atenerse a si una referencia directa de la relación individual de la persona con la institución generaría una impunidad no deseada en términos político-criminales, la elección por la segunda alternativa es preferible ya por razones teóricas, motivadas en la

consideración de la especial conformación de los bienes jurídicos colectivos. En efecto, en estos bienes la atención inmediata a fines o intereses individuales carece de aptitud suficiente para establecer una relación funcional directa entre el individuo y ciertas situaciones de la realidad social del mismo modo que ocurre, por ejemplo, con bienes como la vida o el patrimonio, pero esa falta de inmediatez no significa desconocer la referencia a la persona. Cuando se afirma que un atributo distintivo de los bienes jurídicos colectivos reside en su nota de *indivisibilidad*, se alude a un interés de la sociedad que legitima la necesidad de protección como consecuencia de una ponderación positiva de su rendimiento para el desarrollo del individuo. Desde una postura no contradictoria al fundamento del Derecho penal en beneficio de la persona, el interés supra individual es penalmente relevante porque supone una forma de protección para cada componente individual del colectivo social¹⁰.

3. El referente personal adaptado a la estructura colectiva del bien orienta la búsqueda del valor relativo de la administración de justicia como objeto de protección penal. Del mismo modo, exige reunir las condiciones para conformar un criterio de interpretación teleológica de los tipos penales de su categoría adecuado a las funciones dogmática y sistematizadora asignadas al concepto de bien jurídico. Ambas exigencias (identificación del valor *más* función dogmática) son satisfechas con una definición de contenido preciso de la utilidad de la institución en la vida social del individuo. La interpretación general sostenida en este trabajo es la siguiente: *los delitos contra la administración de justicia buscan proteger, con mayor o menor intensidad según la modalidad de ataque y los sujetos intervinientes, el derecho de los ciudadanos a obtener resoluciones judiciales correctas.*

La tarea que legitima la existencia de la institución “Justicia” en beneficio de la colectividad consiste en decidir conforme a Derecho los casos jurídicos que la ley le obliga a resolver, porque es primordialmente mediante la certeza apodíctica en ese ejercicio declarativo la manera en que el Estado garantiza a los ciudadanos disponer racionalmente de la institución, es decir, a emplearla sin restricciones por falta de seguridad cognitiva en su realización. El límite cuantitativo de casos en los cuales debe pronunciarse lo marca la misma

¹⁰ En el ámbito de intereses supra individuales se trata “de procesos de interacción que tienden a cubrir las necesidades básicas de la sociedad en su conjunto y, por inclusión eso sí, de todos los ciudadanos, en cuanto partícipes de dicha interacción social”. SOTO NAVARRO, Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos, publicado en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo 58, Fasc/Mes 3, 2005, pp. 902/3. ISSN 0210-3001. La autora propone una sistematización de los bienes jurídicos colectivos de acuerdo a un criterio distinto del de su titularidad, atendiendo concretamente a las funciones sociales que prestan. Así, distingue entre bienes jurídicos colectivos que representan prestaciones básicas del sistema social (donde incluye a la administración de justicia) y aquellos otros referidos a la preservación de instituciones fundamentales del Estado.

voluntad colectiva plasmada en la ley que ordena la actuación de la institución. Ejemplo: la obligación de la administración de justicia incluye también el deber de investigar de oficio y resolver cada uno de los hechos delictivos que llegan a su conocimiento, con excepción de aquellos cuya promoción no hubiere sido reservada a la voluntad de la víctima o de un tercero mediante otra disposición legal.

4. A través de esta interpretación el bien jurídico adquiere sentido en su función de condición de libertad. La expectativa a contar con resoluciones judiciales correctas por las cuales decidir los asuntos de conformidad con las normas jurídicas aplicables al grupo social, genera la confianza legítima a un ámbito de libertad con presencia real y constante para el individuo. La existencia permanente del bien explica el motivo por el cual su valor para la persona se manifiesta especialmente cuando es vulnerada la expectativa a su realización como derecho del ciudadano en el caso individual:

La presencia del bien para el miembro de la sociedad se reduce aquí ampliamente, ya que el bien jurídico solo despliega su valencia en caso de perturbación o de necesidad de contacto con el Estado. Pero uno está dispuesto a cerrar contratos de compra o crédito precisamente porque en caso de perturbación cabe esperar protección jurídica efectiva¹¹.

La decisión justa no es solamente el instrumento previsto por el Estado para reaccionar a una perturbación a la norma, sino también el resultado de un proceso que estructura su conformación definiendo en cada caso jurídico particular cuál es la resolución correcta, expresada en el pronunciamiento de un sujeto con el rol monopólico de conocer y realizar el Derecho en virtud del poder público conferido por el Estado¹². Para el logro de ese cometido institucional el Estado erige, por un lado, la posición de sujetos denominados habitualmente “jueces” o “magistrados”, con el estatus especial para dirimir los conflictos interpretando las normas –en otras palabras, a quienes asigna el *deber* exclusivo de mantener indemne el bien jurídico tutelando su valor social–, y a la vez protege la institución de ciertos ataques reputados idóneos para lesionar el mismo objetivo.

¹¹ HEFENDEHL, *ob. cit.*, p. 176, n. 19, donde describe la particular manifestación de valor de los bienes jurídicos de presencia permanente, generadores de ámbitos de libertad para el individuo, entre los cuales incluye expresamente a los bienes vinculados a la administración de justicia.

¹² HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del Derecho*, Buenos Aires: Sudamericana, 2º ed., 2004. p. 207. ISBN 950-07-2529-0. Dice expresamente Hegel: “El derecho, que ha llegado a la existencia en forma de ley, es por sí y se opone como un poder independiente al *querer particular* y al *opinar* acerca del derecho; tiene que hacerse valer como lo *universal*. Este *conocimiento* y *realización* del derecho en los casos particulares, que dejan de lado el sentimiento subjetivo del interés particular, conciernen a un poder público: el *tribunal*” (el destacado corresponde al original).

4.1.2.2. Preexistencia del derecho tutelado

1. De acuerdo con esta descripción es desacertada la idea según la cual en casos de prevaricación judicial, y ampliamente en el resto de los delitos vinculados a la categoría, no tendría lugar una verdadera administración de justicia porque –así se dice– el surgimiento de la utilidad funcional del bien jurídico aparecía recién una vez que el sujeto obligado (juez) desempeña el papel asignado en la institución¹³. La raíz de la confusión conceptual reside en la errónea identificación del valor característico del bien jurídico, porque a éste no cabe entenderlo fruto de una creación de la institución a través de la resolución judicial correcta, como si la protección del Derecho penal significara simplemente exigir su producción, sino que se trata de un valor preexistente a la realización del hecho ilícito, surgido a partir de una apreciación social positiva de una determinada realidad que, en todo caso, está relacionada con un estado de cosas futuro. A la administración de justicia le atañe ese particular modo de tutela del bien llevada a cabo mediante la exigencia de cambios favorables, ya sea a través de sujetos con un rol institucional especial de protección del derecho colectivo, ya sea por intermedio de otros intervinientes, circunstanciales o institucionales, con el deber de asegurar las condiciones significativas de vigencia del bien preferentemente vinculadas con la garantía de establecer la verdad empírica sobre la cual es pronunciada la resolución correcta.

2. Esta distinción de las formas en que son tutelados los bienes jurídicos no es compleja ni tampoco novedosa. Kindhäuser describe con exactitud que el Derecho penal protege bienes jurídicos *frente a la producción de cambios desfavorables o frente a la no producción de cambios favorables*, a través de normas prohibitivas en el primer caso y de mandatos en el segundo¹⁴. Además de brindar una imagen precisa de los modos de proteger y afectar los bienes jurídicos, el planteo de Kindhäuser es particularmente representativo en este trabajo porque a partir de la interpretación justamente de un delito característico de la administración de justicia como es el falso testimonio, utiliza la diferencia fenomenológica para dejar entrever en la certeza de la función jurisdiccional el valor protegido por las otras figuras de la categoría¹⁵.

¹³ JAKOBS, *ob. cit.*, p. 53.

¹⁴ KINDHÄUSER, Urs, *Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho* [en línea; última consulta: 17.6.2017], p. 4. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090918_01.pdf. La mención es acorde a su definición del bien jurídico como “aquellas características de las personas, cosas o instituciones que sirven al libre desarrollo del individuo en un Estado democrático y social de Derecho” (KINDHÄUSER, *Estructura y legitimación*, p. 7).

¹⁵ En la concepción de Kindhäuser, el delito de falso testimonio busca garantizar el conocimiento certero por parte de los jueces respecto de los hechos sobre los cuales aplican las leyes, y dicha exigencia se fundamenta

La naturaleza de la tarea realizada por la institución justifica la protección penal del bien ante diversas formas de ataque idóneas para impedir la consecución de la resolución correcta, por ejemplo, ante la posibilidad de testimonios falsos que pudieren distorsionar el conocimiento de los presupuestos fácticos de la decisión judicial. Y como es lógico, la protección también exige el cumplimiento del deber especial del juez para resolver el asunto según un esquema de valoración de los hechos e interpretación y aplicación de las leyes apto para determinar cuándo es correcta la decisión tomada. Dicho esquema puede tener particularidades de acuerdo a la rama del Derecho donde opera, pero integralmente funciona como un sistema donde los conceptos y conclusiones son extraídos de un método que los valida y controla en su propia legitimidad¹⁶. El deber del juez de adecuar la resolución a ese esquema decisorio constituye la singularidad de la prevaricación distintiva de las otras formas de ataque a la administración de justicia, funcionando como protección especialmente calificada del derecho colectivo a la resolución justa¹⁷.

4.1.2.3. Lesividad y delitos de peligro

1. La estructura del bien jurídico condiciona la forma de percibir sus modalidades de afectación, fijando una función refleja del interés tutelado al operar como marco de referencia para el análisis de lesividad del comportamiento. En este sentido, la identificación del derecho colectivo a la resolución judicial correcta comprendido en el bien “administración de justicia” delimita el camino conducente a establecer la relación de correspondencia entre norma, comportamiento y principio de lesividad, pues sintetiza la complejidad del análisis teórico en identificar ante qué tipo de conductas cabe reputar afectado aquel derecho. La explicación definitiva para el caso de la administración de justicia, sin embargo, exige brindar una respuesta convincente ante las dificultades frecuentes que atañen a la mayoría de los tradicionalmente denominados “delitos de peligro”, relacionadas con el desafío de articular la afectación de un interés colectivo sin diluir la vigencia real del principio de lesividad en materia penal.

porque la tarea de la administración de justicia, razón latente de su existencia para el grupo social, consiste en decidir correctamente los casos jurídicos. KINDHÄUSER, *Estructura y legitimación*, p. 16.

¹⁶ RUSCONI, *ob. cit.*, p. 12.

¹⁷ Con más detalle, *infra* 3.3.

2. Cabe destacar en este sentido que la interpretación sobre la fenomenología de la lesión del bien jurídico ha estado gobernada tradicionalmente por un esquema espacio-temporal que Kindhäuser denomina con la gráfica expresión “paradigma de la agresión”¹⁸. Según la concepción habitual del modelo descripto y criticado por Kindhäuser, la lesión de un bien es siempre afectación de su sustancia, de tal manera que entre la planificación de un hecho y la lesión material del bien median diversos estadios constitutivos de otras tantas modalidades de delitos, diferenciables entre sí según la menor o mayor proximidad con el daño físico referido en una norma. Bajo esa estructura tradicional, el injusto de los delitos de peligro consiste en la realización de un hecho creador del *peligro de lesión en la sustancia* de un bien¹⁹. Conscientemente, ese modelo lleva en su génesis dos apreciaciones cuestionables. En primer lugar, presupone que los bienes jurídicos siempre son físicos, de “carne y hueso”, o de “sustancia” según la más delicada descripción de Kindhäuser, y además dicha postura lleva consigo la idea de que son la vida, la salud y la propiedad los únicos bienes dignos de protección²⁰.

3. Como puede intuirse a partir de la propuesta elaborada en el presente trabajo, la noción corriente sobre delitos de peligro es equivocada –al menos por insuficiente– porque desconoce que no todos los bienes jurídicos están hechos de características materiales ni son reinterpretables en forma de delitos de lesión física. La reflexión crítica sobre la posición tradicional, por cierto, no se reduce exclusivamente a la categoría de delitos vinculados con la administración de justicia, ni tampoco está relacionada siquiera con el carácter colectivo del interés protegido, sino que resulta extensible a bienes jurídicos individuales de figuras delictivas presentes históricamente en el Código penal de cualquier país con la misma tradición jurídica, como ocurre por ejemplo en materia de delitos contra el honor, cuyo contenido resulta inexplicable de manera razonable sin reparar en las atribuciones normativas que le otorgan el valor de *bien*, alejadas por completo del paradigma de la agresión²¹. Desde ese punto de vista, el principal defecto de la concepción tradicional es su desajuste para concebir

¹⁸ KINDHÄUSER, *Estructura y legitimación*, p. 7.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Ambas consideraciones, según puede inferirse, resultan expresiones características del arquetipo de un Derecho penal nuclear conforme al cual el sistema de reproche penal debe concebirse para la protección exclusiva de intereses altamente personales, tutelados por lo habitual mediante tipos penales configurados con estructuras de lesión. De allí que toda forma delictiva de peligro lo sea por su referencia a unos pocos bienes elementales, justificando la impresión de producirse un adelantamiento de las barreras de protección. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídico-penales colectivos* [en línea; última consulta: 17.6.2017], p. 4. Disponible en <http://www.criticapenal.com.ar/wp-content/uploads/numero3/corcoy.pdf>.

²¹ KINDHÄUSER, *Estructura y legitimación*, p. 11.

la manera en que los bienes resultan afectados en la vida real a través del delito, y producto de ello termina igualándose la noción de *lesión* del bien con la de *destrucción* del objeto. La distorsión acaba creando una imagen confusa incluso cuando la referencia de lo protegido recae en un objeto físico, ante la circunstancia manifiesta en todos los delitos, ya sea referidos a intereses supra individuales o individuales, de que la lesión del bien jurídico no implica la destrucción sino su *afectación* o menoscabo, quizá con la única excepción notoria del homicidio²².

4. La descripción de la función del Derecho penal para la protección de bienes es correcta siempre que no sea confundida como protección física de objetos materiales, porque lo relevante no es mantener indemne la sustancia de un cuerpo sino proteger la *estimación de valor* del bien jurídico *conforme a un fin*, con relativa autonomía respecto de las contingentes características naturales o morfológicas de composición. En este contexto la lesividad constituye un concepto formado de componentes normativos, una consecuencia inevitable y lógica si se tiene en cuenta que son también normativas las definiciones de “bien jurídico” como referencia de protección penal, y de “peligro” como categoría delictiva. La estimación de la pérdida de valor constituye el criterio rector del daño ocasionado a través del delito, cuya expresión en las formas de peligro abstracto es consecuencia de haber colocado al bien jurídico, a través del comportamiento prohibido, en una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad para su uso racional²³. De esta manera, interpretando la importancia de las pérdidas de valor conforme a una noción normativa y no natural, se logra explicar satisfactoriamente la vigencia completa del principio de lesividad, es decir, contemplando el injusto autónomo de cada categoría también en los casos de bienes jurídicos colectivos y ante puestas en peligro abstractas. En contra de lo que podría conjeturarse, este reconocimiento del contenido normativo propio del bien y su lesividad evita además el

²² CORCOY BIDASOLO, *ob. cit.*, p. 9.

²³ Esta dimensión del bien, separada de referencias naturalísticas, permite a Kindhäuser describir la existencia de tres modalidades básicas de producción del menoscabo, a partir de las cuales distinguir entre delitos de lesión, de puesta en peligro concreta y de puesta en peligro abstracta. En primer lugar, dice Kindhäuser, el menoscabo puede ocurrir como consecuencia de la lesión en la sustancia del bien –pero sólo en los casos en que éste se compone de características sustanciales, y por la única razón de la imposibilidad causada por la lesión de cumplir la función valorada positivamente–; en segundo lugar, como consecuencia de colocar a un bien jurídico en una situación en la que depende sólo de la casualidad el menoscabo en la sustancia –de acuerdo a las mismas condiciones que la anterior–; finalmente, el menoscabo puede ser la consecuencia de colocar al bien jurídico en una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para su uso racional. Kindhäuser reserva la palabra “lesión” para referirse a las afectaciones de características sustanciales, como expresión específica de un concepto más vasto de “menoscabo”, seguramente con la intención de no ceder a las críticas que le objetan el postulado de un *súper-bien jurídico de la seguridad* transformador de todos los delitos de peligro en delitos de lesión. KINDHÄUSER, *Estructura y legitimación*, p. 15.

riesgo a suponer que el comportamiento contrario a la norma resulte apto para conformar por sí mismo un daño, con la riesgosa consecuencia de interpretar que la norma representa un fin en sí misma²⁴.

4.1.2.4. Responsabilidad compartida

1. La meta institucional de proteger el derecho a la resolución judicial correcta impulsa la responsabilidad compartida, en un grado de diferente intensidad, entre las personas relacionadas directamente con la institución y aquellas otras vinculadas sólo de modo indirecto o circunstancial. El primer grupo lo ocupan sujetos con un estatus especial para la protección del bien, particularmente el juez –obligado exclusivo a dictar la resolución judicial correcta–, pero también otros actores estatales con deberes extrapenales específicos. Ejemplo: el fiscal debe promover la persecución del delito que llega a su conocimiento para que la institución Justicia dicte, a través del juez, la resolución correcta sobre el hecho ocurrido. El segundo grupo lo conforman aquellos sujetos *outsiders* no vinculados de modo directo con la institución, pero a quienes el Estado decide reclamar ayuda para garantizar la protección del bien. Para Silva Sánchez, la razón de ese deber cuasi institucional reside no sólo en la importancia de la institución, sino además en el hecho de que cualquier institución es vulnerable a la interferencia ajena: “Las instituciones generan deberes también para los sujetos *outsiders*, consistentes en que estos no perturben la gestión de la institución por los *insiders*”²⁵. La naturaleza de dichos deberes cuasi-institucionales de colaborar tiene sostén en una obligación de solidaridad general con la institución, justificable en última instancia en el hecho de que el *outsider* se halla también vinculado con la institución, al menos indirectamente.

²⁴ La estructura tiene puntos de contacto con alguien que desconfía de la utilidad del concepto de bien jurídico como Silva Sánchez. En un breve comentario sobre la relación entre delito y daño, y obviamente sin aludir expresamente al concepto de bien jurídico, Silva distingue las tres dimensiones de daños posibles a través del delito: el daño material (por ejemplo, una lesión corporal, un perjuicio patrimonial), el daño psicológico-social (relacionado con la desorientación en cuanto a cómo organizar la vida futura) y el daño ideal (o simbólico, como negación del Derecho a través de la conducta del delincuente, característico de los delitos sin víctima concreta –*victimless crimes*–). Dice Silva: “Una visión realista del problema debe conducir a afirmar que los delitos producen siempre un daño ideal; casi siempre –esto es, en la medida en que sean conocidos– un daño psicológico-social; y muy frecuentemente, asimismo, un daño material”. Si bien el contenido de cada una de estas dimensiones no expresa lo mismo que lo aludido en esta parte del trabajo, Silva pretende que sea tenido en cuenta al momento de evaluar la proporcionalidad de la reacción jurídico-penal, pues evita los problemas generados por la visión tradicional asociada al daño material únicamente, una distinción que lleva en su germen la idea de lesividad del comportamiento. Véase, SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, pp. 157 ss.

²⁵ SILVA SÁNCHEZ, *En busca del Derecho penal*, p. 169.

La conclusión es nítida en la institución “administración de justicia”. Aquí, la utilidad del bien jurídico institucional –el derecho a la resolución judicial correcta– está destinada al grupo social del cual forma parte el obligado cuasi institucional, de tal manera que la solidaridad conforma, en definitiva, una referencia relativa, es decir, relacionada con un conflicto que puede no involucrarlo directamente, pero respecto a un ámbito tampoco ajeno en su condición de ciudadano beneficiario de la institución. Hasta qué punto es legítimo extender la obligación de cooperar con cada institución es una cuestión ligada inicialmente con el valor asignado al bien jurídico en la estructura social según la evaluación del legislador democrático, pero limitada a la capacidad lesiva intrínseca de la conducta incriminada. La aptitud en abstracto de lesionar de un comportamiento legitima la norma incriminadora y permite a la vez notar que “lo peligroso” de los delitos de peligro refiere a una relación normativa, definida como “probabilidad (rayana en la seguridad) de lesión de un bien jurídico-penal”²⁶. La misma naturaleza de la obligación otorga el fundamento material del carácter positivo del deber. Ejemplo: el testigo en un proceso judicial comete falso testimonio no solamente cuando asevera una falsedad, sino en realidad cuando, más ampliamente, omite de cualquier modo decir la verdad.

* * *

4.2. PROTECCIÓN CUALIFICADA DEL DERECHO A LA RESOLUCIÓN JUDICIAL CORRECTA

4.2.1. Fundamento material del injusto prevaricador

4.2.1.1. Prevaricación como delito de infracción de deber

1. La delimitación del bien jurídico “administración de justicia”, llevada a cabo en la segunda parte de este capítulo, supone sólo la primera parte de la tarea de identificar lo protegido en el delito de prevaricación judicial. La segunda parte consiste en precisar el componente distintivo del injusto prevaricador en relación con las otras figuras de su clase, un aspecto en el cual la categoría de delitos de infracción de deber otorga una base teórica

²⁶ Véase, CORCOY BIDASOLO, *ob. cit.*, p. 11.

convinciente, porque permite reconocer en la falta de cumplimiento de una prestación positiva delegada en un sujeto especialmente obligado con la institución al fundamento de la tutela cualificada para la resolución judicial correcta, objeto de protección común de todos los delitos contra la administración de justicia. Durante esta fase del trabajo intentará demostrarse que el logro de una descripción final adecuada sobre el contenido del injusto prevaricador es factible advirtiendo la conexión entre el deber lesionado por el juez y el derecho afectado a través de su comportamiento. Esto es, que la infracción de deber característica de la prevaricación judicial es indisoluble del marco de referencia dogmático fijado por el bien jurídico, el cual delimita en forma previa la obligación penalmente relevante de acuerdo a su capacidad para definir la lesividad de la conducta.

2. Para entenderlo así, corresponde tener en claro el origen y evolución de la categoría de delitos de infracción de deber y su relación inevitable con el concepto de bien jurídico. La categoría de delitos de infracción de deber, formulada inicialmente por Roxin en la ya clásica monografía *Täterschaft und Tatherrschaft* editada por primera vez en 1963, surgió con el propósito declarado de solucionar los problemas de autoría ocasionados por la aplicación de un único criterio basado en el dominio del hecho. Especialmente en los supuestos de autoría mediata a través de “instrumento doloso no cualificado”, para explicar la responsabilidad del *intraneus* que, careciendo de dominio del hecho, determinare a un *extraneus* a la comisión de un delito que exigiere una cualificación específica²⁷.

Según Roxin, existen delitos donde el legislador no valora el comportamiento externo del autor como núcleo de la sanción ni pretende, por tanto, ningún dominio del hecho para su realización, sino que repara en la lesión de un deber extrapenal, anterior a la formulación del tipo. La distinción entre delitos de infracción de deber y de dominio no sería de naturaleza lógica, sino que vendría definida por la propia ley a partir de una decisión valorativa o teleológica, definiendo como autoría un comportamiento que desde el punto de vista del dominio fáctico no excedería de una simple conducta de participación²⁸. De acuerdo a las pretensiones de Roxin, el deber infringido sirve exclusivamente para discernir la forma de intervención del sujeto. Solamente quien ostente la calidad de obligado requerida en la interpretación del tipo penal podrá resultar autor del hecho, independientemente del dominio

²⁷ ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft* (título original). Existe novena edición alemana traducida al español: ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 9788491231615.

²⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, Buenos Aires: Euro Editores, 2006, p. 133. ISBN 84-96261-26-3.

material de su ejecución²⁹. La categoría de delitos de infracción deber no es nada más –matiza Roxin– que un método del legislador para describir una conducta típicamente delictiva, cuya particularidad consiste en conectar deberes constitutivos del tipo originados en ámbitos diversos del ordenamiento jurídico:

El legislador se sirve de este método sobre todo en los casos en que lo decisivo para él no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor, porque el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimiento de un papel social por él asumido. En tales casos figura central entre varios intervinientes es quien infringe el deber pretípico que le incumbe y de este modo contribuye por acción u omisión al resultado, siendo indiferente la magnitud de la participación externa en el resultado o el dominio del hecho. Yo hablo en este caso de **delitos de infracción de deber**³⁰.

3. La base teórica sentada por Roxin contribuyó para identificar en la lesión del deber de una relación institucional mucho más que un criterio de la autoría. Luego de su formulación, Jakobs tomó la categoría de delitos de infracción de deber y extendió su rendimiento como método meramente distintivo de la intervención delictiva de autores y partícipes, para convertirlo en pauta esencial de la imputación jurídico-penal. Al igual que Roxin, Jakobs ubica la categoría de delitos de infracción de deber como parte de una clasificación binaria, aunque ya no contrapuesta con los llamados delitos de dominio del hecho, sino con aquellos denominados “delitos en virtud de organización”. En cierto grupo de ilícitos, dice Jakobs, la responsabilidad surge como consecuencia de la lesión a un deber de cuidar el bien institucionalmente garantizado, según una relación entre autor y bien que es independiente del hecho³¹.

Para Jakobs, no se trata sólo de solucionar la autoría a partir de la interpretación del tipo penal, como ocurre en Roxin, sino de identificar en algunos delitos la existencia de una obligación calificada de un sujeto responsable de garantizar un bien jurídico, cuya lesión sintetiza el fundamento del contenido material del injusto. La explicación luce bastante coherente en el modelo de imputación de Jakobs. La prohibición de no dañar derivada de la institución originaria *neminem laede*, base de la responsabilidad por organización, queda com-

²⁹ Roxin menciona como ejemplos característicos de esta categoría, entre otros, los delitos de funcionarios en el ejercicio de su cargo (§§ 331 ss. del Cód. Penal alemán) y el de violación de secretos privados (§ 203), de los cuales pueden resultar autores únicamente quienes infrinjan el deber específico derivado de la interpretación de cada tipo. ROXIN, Claus, *Derecho penal: Parte general (tomo I)*, p. 338.

³⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal: Parte general (tomo II: Especiales formas de aparición del delito)*, 1º ed., Madrid: Editorial Civitas, 2014, p. 180. ISBN 978-84-470-5024-6. El resaltado en negrita corresponde al original.

³¹ JAKOBS, *ob. cit.*, p. 266.

plementada con mandatos procedentes de deberes especiales en virtud de competencia institucional con relación a sujetos alcanzados por un estatus especial. La responsabilidad es “institucional” porque dicho estatus viene definido por un haz de derechos y deberes que nacen –parafraseando a Roxin– de “realidades ya conformadas”: las instituciones³².

4. Más allá de la especial adaptabilidad al sistema de Jakobs, la teoría de delitos de infracción de deber tiene el gran mérito de sentar las bases para complementar una explicación satisfactoria del ilícito de un grupo de figuras a partir de la referencia a una institución positiva. De la relación institucional deriva, en efecto, un estatus, y de ese estatus, la garantía de una expectativa a prestaciones positivas por parte del obligado. Para el caso de la administración de justicia la institución se traduce en un derecho colectivo a la resolución judicial correcta, y ese derecho fundamenta que el deber del sujeto obligado no termine con garantizar la evitación de daños derivados de su ámbito de organización sino, además, lo obligue a la prestación y aseguramiento positivos como consecuencia de una relación especial con el bien jurídico. Sobre esa conexión intrínseca entre infracción de deber y bien jurídico tratarán las líneas siguientes.

4.2.1.2. Infracción de deber y bien jurídico

1. La falta de una referencia precisa sobre la importancia del bien jurídico resulta quizá el punto más cuestionable de la concepción de Jakobs sobre los delitos de infracción de deber. Inclusive, Jakobs se sirvió de la explicación de esta categoría para fortalecer su idea ampliamente difundida de que el Derecho penal no tiene la función de proteger bienes jurídicos. Si la atención se dirigiera a la posible lesión o no del bien jurídico protegido eventualmente por la institución –dice Jakobs–, pasaría a un segundo plano que es la defraudación de una expectativa establecida por una institución la razón esencial de la responsabilidad, para la cual la preexistencia o no de bienes es “intrascendente”³³. Pero si algo pretende haberse dejado en claro aquí luego de todo lo expuesto con relación a la teoría del bien jurídico, es que tanto el concepto como el núcleo de su contenido resultan perfectamente asimilables

³² SÁNCHEZ-VERA, *ob. cit.*, p. 40.

³³ “La expectativa que se refiere a un deber especial no se deriva de la existencia actual de bienes, sino de la función que se le prescribe al autor para que se adapte a una institución. Si hay que esforzarse por obtener un concepto de bien jurídico no se puede atender a las unidades funcionales ya existentes y a su aseguramiento, sino que como unidad funcional ha de definirse la institución que debe gestionar el autor”. JAKOBS, *ob. cit.*, p. 53.

a otras explicaciones sobre la función del Derecho penal presentadas a primera vista como contrarias a la aceptación de su doctrina.

La explicación de Jakobs es correcta pero sólo parcialmente porque, por un lado, acierta en que la lesión de un deber es descriptiva del injusto de cierto tipo de figuras, establecida en el incumplimiento de una obligación especial generada en la expectativa normativa de contar con prestaciones positivas según el rol de algunas personas vinculadas con ciertas instituciones representativas de la sociedad tanto como la relación originaria de no dañar³⁴. Sin embargo, esa idea, acertada en su núcleo estructural como juicio para la imputación, no puede prescindir de las nociones de bien jurídico y lesividad si no quiere sucumbir en la justificación tautológica de la infracción de deber por el deber mismo. A la transigente opinión de Sánchez-Vera de que los delitos de infracción de deber no presuponen la falta de protección de ningún bien jurídico³⁵, hay que aclararle con énfasis un detalle no menor que sugiere reformular la afirmación por la siguiente: los delitos de infracción de deber *presuponen (necesariamente)* la protección de un bien jurídico.

2. Los deberes especiales por responsabilidad institucional dan por sentada una relación previa del obligado con un bien jurídico, pues reside en el valor de su referencia el fundamento de la relación positiva que obliga al autor y la relevancia jurídico penal de la infracción que la diferencia de la mera desobediencia no punible³⁶. Ejemplo: la infracción a los deberes de custodia y protección del padre con relación a su hijo surgidos de la institución paterno-filial son penalmente relevantes solamente en la medida que dicho incumplimiento afecte bienes jurídicos penales del beneficiario de la institución, por ejemplo, la vida o la integridad física. Cuando Jakobs enfatiza que en casos de responsabilidad institucional no tiene lugar una lesión del bien jurídico porque como bien jurídico (en tanto realidad funcional) todavía no está producido mientras el obligado no desempeñe el rol que le asigna la institución³⁷, desconoce que la referencia de valor del bien es preexistente al resultado de la función institucional. El derecho a la resolución correcta, contenido del bien “administración de justicia”, existe *siempre*, incluso (y con mayor razón) mientras no ha sido dictado el acto jurisdiccional.

³⁴ Véase, SÁNCHEZ-VERA, *ob. cit.*, p. 143.

³⁵ *Ibid*, p. 173.

³⁶ HEFENDEHL, *ob. cit.*, p. 185: “Solo sería contrario a la Constitución, por infringir la caracterización del Derecho penal como Derecho protector, un tipo penal que castigara la mera infracción de un deber”.

³⁷ JAKOBS, *ob. cit.*, p. 53.

Al imponer al sujeto una relación positiva con el bien jurídico, la norma contiene una referencia de carácter general definida, precisamente, por la existencia de un bien jurídico³⁸. La infracción de deber es relevante penalmente, en este sentido, en tanto constituya un peligro de afectación para un bien jurídico, pues reside en esa noción la referencia de que el deber protegido estatalmente a través de la norma penal está relacionado con el ciudadano y no al servicio del propio Estado. Efectivamente, el autor del hecho responde por la lesión a su deber institucional, pero no sólo por ello, sino en la medida que esa infracción resulte idónea para la lesión de un bien jurídico penal. El efecto de la institución no es prescindir de la idea de bien jurídico sino presuponerla: el autor ya se encuentra vinculado con el bien jurídico anteriormente al hecho mediante una relación institucional positiva.

4.2.2. El deber del juez de dictar resolución correcta

4.2.2.1. Contenido del deber

1. Jakobs define a las instituciones con un concepto amplio, propio de las Ciencias Sociales³⁹, pero termina enumerando sólo unas pocas instituciones con la importancia suficiente para justificar deberes especiales. Entre estas instituciones aparecen la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial y los “deberes genuinamente estatales”, y dentro de estos últimos incluye expresamente la prevaricación como un ejemplo de delito de infracción de deber originado en la relación especial que vincula a obligado e institución⁴⁰. La primera cuestión que debería aclararse a partir de la descripción ofrecida en este trabajo sobre el bien jurídico protegido en la figura analizada, consiste en determinar la razón por la cual la administración de justicia resulta una de esas pocas instituciones elementales de la sociedad con capacidad para generar deberes positivos especiales. En otras palabras, cuál es el fundamento que justifica en este ámbito garantizar mediante la conminación penal “algo

³⁸ SESSANO GOENAGA, Javier Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación* [en línea; última consulta: 17.6.2017], publicado en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 8, 2006, p. 4. ISSN-e 1695-0194. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08.html>. Con cita de Peñaranda/Suárez/Cancio, *Un nuevo sistema de Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, Bogotá, 1999, p. 50.

³⁹ Ver *supra* 4.1.2.3.

⁴⁰ JAKOBS, *ob. cit.*, pp. 52-53. En un artículo del año 2012 (*System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, 2012, p. 63) Jakobs acortó esta lista, al limitar el matrimonio sólo al practicado realmente, o sea excluyendo el meramente formal, y admitirlo no como una institución autónoma sino como subespecie de confianza especial. CÓRDOBA, Fernando, *Delitos de infracción de deber*, publicado en *Revista de Derecho penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2016 (vol. 2), pp. 213-4. ISBN 978-987-30-0739-2.

más que la mera separación de esferas de libertad⁴¹. El mismo Jakobs nunca ofreció una fundamentación demasiado desarrollada de las instituciones, limitándose a mencionar los dos criterios básicos para su reconocimiento: en primer lugar, la relevancia de la institución para la conformación de la existencia social, y en segundo lugar la algo más determinable “ausencia de alternativa de organización” como forma de relacionarse en sociedad⁴².

La justificación correcta de la administración de justicia como institución en sentido “fuerte” puede hallarse, en efecto, en una síntesis donde conjuguen ambas realidades, una de ellas condicionante de la otra, ya que el análisis sobre las posibilidades legales de sustitución existentes en el cuerpo social da la pauta suficiente de su importancia. La vigencia material y no solamente formal del Derecho posee una significación social de la misma magnitud que la tiene la relación sinalagmática, porque el Estado no prevé una forma alternativa ni delega en otro sujeto distinto al juez la potestad de dirimir conflictos legales aplicando sus leyes. El Estado también se define evidentemente a través de aquellas prestaciones que ha de llevar a cabo irrenunciablemente, y su fundamento reside en que cada prestación debe resultar elemental para la vida social del ciudadano, un valor dirigido, en definitiva, a la protección de intereses reales del individuo, directamente o a través de ciertas instituciones⁴³. Dichas instituciones funcionan en sintonía con las esferas de organización particulares, y sobre el correcto funcionamiento de aquellas recae una legítima expectativa general de comportamiento, pues únicamente la existencia de un determinado contexto institucional posibilita la libertad real del ciudadano⁴⁴.

2. La importancia de la institución, en cuanto reconoce la función de reafirmar el derecho del grupo social a resoluciones judiciales correctas, fundamenta que la protección por parte del Derecho penal se realice principalmente mediante la asignación, en cada caso jurídico, de un deber en cabeza del juez, titular del estatus especial previsto por la institución para dictar la resolución prevista. El problema, frecuente en la doctrina, es que a veces se

⁴¹ SÁNCHEZ-VERA, *ob. cit.*, p. 140.

⁴² JAKOBS, *ob. cit.*, p. 994.

⁴³ MIR PUIG, Santiago, *Límites del normativismo en Derecho penal* [en línea; última consulta: 17.6.2017] publicado en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 7, 2005, p. 13. Disponible en <http://criminolnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>.

⁴⁴ ROBLES, Dogmática, *ob. cit.*, p. 39. Robles reemplaza allí la noción de libertad por la de autonomía, siguiendo la posición de Pawlik.

confunde la descripción del contenido del deber con la forma de llevarlo a cabo⁴⁵. Lógicamente, la función del juez se ciñe a resolver cada caso jurídico conforme a Derecho, reconstruyendo lo que es justo o injusto de acuerdo a un código particular, un sistema de principios y reglas capaz de determinar lo que es jurídicamente correcto y lo que no⁴⁶. En esa síntesis son detectables, por cierto, aspectos de la filosofía idealista de Hegel que conducen a explicar la función del juez según el objetivo único de conocer y realizar lo universal sobre el querer particular⁴⁷. Pero esa función es eficaz para describir la tarea genérica característica del juez, pero insuficiente, sin embargo, para discriminar la parte de la función que adquiere relevancia para el Derecho penal. La “exclusiva sumisión al ordenamiento jurídico” no es el valor que fundamenta el deber, sino expresión de la forma genérica de cumplir con éste. El contenido del deber del juez es dictar la resolución judicial correcta porque allí reside el contenido axiológico que le brinda legitimidad como bien, no en el respeto *per se* a la legalidad por parte del juez.

4.2.2.2. Límites de la punibilidad

1. La relación de proximidad directa entre el comportamiento típico del juez y el objeto de protección del delito de prevaricación facilita, tanto como reclama –de acuerdo a necesidades teleológicas–, la adopción de *lege ferenda* de un criterio interpretativo limitador de la punibilidad de la conducta condicionándola a la comprobación de *haber ocasionado a través de la resolución incorrecta un beneficio o perjuicio indebidos a favor de alguna de las partes en el proceso o de un tercero*. Vale resaltar en este aspecto que el Código Penal español carece de una regla expresa de esta especie como ocurre, por ejemplo, con la fórmula de la prevaricación del § 339 Código Penal alemán⁴⁸.

⁴⁵ Así ocurre, por ejemplo, en el caso de Ramos Tapia, cuya opinión es relevante en este aspecto porque sigue los lineamientos fundamentales de la prevaricación como delito de infracción de un deber institucional. Aplicando su teoría al delito, Ramos Tapia sostiene que cuando el juez dicta resolución injusta defrauda el deber especial que lo vincula con la institución “administración de justicia”, concebida como una unidad funcional cuya gestión corresponde al autor. La defraudación de esa relación institucional no produce realmente una lesión a la administración de justicia como bien jurídico, porque en realidad –con palabras de Jakobs ya mencionadas en este trabajo– “no tiene lugar una verdadera administración de justicia en caso de prevaricación”. RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 138, con cita JAKOBS, *ob. cit.*, p. 53. En definitiva, la protección del sistema jurídico es para Ramos Tapia tanto el contenido del deber del juez como el interés tutelado a través de la norma.

⁴⁶ HEGEL, *ob. cit.*, p. 207.

⁴⁷ WILENMANN, *ob. cit.*, p. 545.

⁴⁸ El § 339 del Código Penal alemán dispone: “Un juez, otro titular de un cargo o un árbitro que sea culpable de un torcimiento del Derecho por la dirección o resolución de una causa jurídica en beneficio o en perjuicio de una de las partes, será castigado con prisión de uno a cinco años”.

La limitación pretendida encuentra justificativo en la identificación de los intereses protegidos por medio de la conminación penal de la prevaricación y en la aptitud real reconocida a las resoluciones judiciales para modificar ámbitos individuales de intereses. Si el deber del juez tiene origen no en la mera protección del Derecho (entendido como el conjunto de principios y normas que conforman el orden jurídico), sino en resultar la contra cara estatal del derecho de los ciudadanos a contar con resoluciones correctas, entonces la punibilidad de la infracción al deber típico quedaría razonablemente restringida si es condicionada a la comprobación de haber lesionado o beneficiado intereses particulares del ciudadano, cuando esas consecuencias no eran razonablemente derivables de una decisión judicial correcta. La solución, en efecto, no discrimina según la consecuencia resultante se trate de un perjuicio o de un beneficio particular, porque además de no existir diferencias ontológicas sobre los efectos injustos de una y otra resolución –ambas alteran ilegítimamente intereses particulares–, influyen razones evidentes de prevención general de la pena que aconsejan extender con igual alcance el límite propuesto. Ejemplo: también comete prevaricación el juez que, en una causa penal y para favorecer al acusado, resuelve injustamente dejar impune un delito sin víctima individualizada.

2. La solución propuesta ofrece la ventaja adicional de diferenciar con mayor nitidez dos constelaciones de supuestos relacionados con el delito prevaricador, asegurando los límites de aplicabilidad de la figura. Por un lado, permite interpretar la prevaricación según una estructura de delito de lesión claramente delimitable del resto de delitos contra la administración de justicia, los cuales mantendrían su reconocida estructura de delitos de peligro, sin generarse por esa diferencia consecuencias valorativamente negativas. Ejemplo: comete un delito contra la administración de justicia el testigo que declara falsamente, más allá del perjuicio o beneficio eventual para otra persona derivable de esa declaración y de que la ley valore expresamente como agravadas algunas consecuencias en particular. En segundo lugar, la exigencia de *lege ferenda* de constatar el efecto modificativo indebido en intereses individuales conforma un criterio preciso de distinción de la prevaricación penalmente relevante respecto de la mera infracción disciplinaria del juez o magistrado⁴⁹. En definitiva, la

⁴⁹ La confusa delimitación entre ambos ámbitos de responsabilidad es frecuente en autores que describen a la administración de justicia compuesta de algunos principios como la independencia o la imparcialidad. Mediante esa descripción explican sólo una parte del problema haciendo suponer que la mera violación *per se* de esos principios generaría la infracción de deber típicamente relevante. Así, por ej., WILENMANN, *ob. cit.*, pp. 546 y ss. Inclusive, se produce una sobredimensión de valor de la infracción de deber que termina condicionando el contenido de la “injusticia” típica de la resolución, una cuestión que en realidad no debería formar parte de esta discusión. Así, RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 140.

interpretación limitadora redundaría en mayor seguridad jurídica aclarando la naturaleza de los intereses protegidos y el ámbito de aplicación de la norma.

4.2.3. Consecuencias

4.2.3.1. Formas de aparición de la prevaricación judicial

1. La existencia de la categoría de delitos de infracción de deber tiene como pilar teórico la distinción primaria entre deberes negativos y positivos. Ambas categorías resultan las verdaderamente relevantes para el juicio de imputación y su diferenciación permite interpretar los alcances de la obligación positiva a cargo del juez desde la consideración de su relación con el bien jurídico protegido. La consecuencia más importante para la fenomenología de aparición del delito es evidente: si el injusto de la prevaricación proviene de la infracción del juez al deber positivo de dictar resolución correcta, entonces el delito tiene lugar no sólo cuando el sujeto obligado dicta positivamente una resolución incorrecta sino también cuando no dicta ninguna resolución o no lo hace en el plazo indicado. El dictado de las resoluciones injustas previstas en los arts. 446 y 447 del Cód. Penal español conforman entonces modalidades de prevaricación *strictu sensu*, mientras que las figuras de los arts. 448 y 449, de negación a resolver y retardo en resolver, respectivamente, no constituyen otra cosa que modalidades *lato sensu* de prevaricación, pues todas comparten el mismo núcleo del injusto prevaricador: haber infringido el deber (positivo) de dictar resolución judicial correcta.

2. Contra la estructura normativa propuesta podría argumentarse que la ley no comparte esa paridad valorativa, en cuanto discrimina con tipos y montos de castigo diferentes las formas de prevaricación mencionadas. A los ojos del legislador tendría mayor disvalor dictar una resolución incorrecta que no dictar resolución alguna. Frente a ese argumento cabe aclarar en primer lugar que la verdadera diferencia penológica entre el *dictado de resolución incorrecta* (art. 446), por un lado, y la *negación o retardo de resolución* (arts. 448 y 449), por otro, es factible apreciarla en paridad solamente con relación a la figura base de la prevaricación *por dictado* del inciso 3º del art. 446, pues los primeros dos incisos del artículo incorporan formas agravadas de la misma modalidad, justificantes de sus escalas mayores⁵⁰.

⁵⁰ La misma diferencia corresponde hacer con la modalidad imprudente del art. 447, cuyo injusto es independiente de las formas dolosas y agrega un componente típico específico de la resolución *manifiestamente* injusta que impide su comparación *mutatis mutandis*.

Hecha la aclaración se advierte que las diferencias de pena son menos drásticas: pena de “multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años” para el caso del art. 446, inc. 3, y de “inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años” para los casos de los arts. 448 y 449, inc. 1°. ¿Qué justifica entonces la diferencia de pena remanente? Sencillamente, el mayor perjuicio objetivo provocado por la resolución injusta en comparación con la falta de dictado de resolución alguna, ya que en los casos de negación y retardo nada impide todavía el dictado de la resolución correcta.

4.2.3.2. Intervención delictiva

1. Autor del delito de prevaricación judicial puede resultar únicamente el juez, cuya posición de garantía con relación al bien jurídico protegido justifica su responsabilidad siempre en calidad de autor. Esta solución es absolutamente mayoritaria en la doctrina, y coincide en lo sustancial de su consecuencia con las diferentes fundamentaciones en materia de delitos especiales. Para Jakobs, exponente principal de la categoría de delitos de infracción de deber, el fundamento de la autoría no deja lugar a vacilaciones interpretativas: “En estos casos [donde determinadas personas deben responder de la existencia de un bien], la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesorio, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer”⁵¹.

La cuestión, tan simple a primera vista, presenta alguna complejidad –y, consecuentemente, pone en tela de juicio la razonabilidad del fundamento recién expuesto– al momento de analizar si son admisibles la autoría mediata y la coautoría en el delito de prevaricación, particularmente en supuestos donde existe más de un sujeto portador del deber institucional requerido por la norma, como ocurre en este ámbito en los casos de resoluciones de tribunales conformados por tres o más magistrados. Ejemplo de coautoría: dos miembros del tribunal convienen formar la mayoría necesaria para resolver el caso injustamente. Ejemplo de autoría mediata: un magistrado convence a otro miembro del mismo tribunal sobre la veracidad de unos datos que él mismo falseó, determinando el dictado de una resolución injusta⁵². La posición “ortodoxa” de los partidarios de la teoría de los delitos de infracción de un deber

⁵¹ JAKOBS, *ob. cit.*, p. 791.

⁵² Ejemplo presentado sobre la base de un ejemplo similar discutido por Maqueda Abreu y Ramos Tapia en RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 441.

concluiría que ambos casos resultan, sin más, supuestos de autoría directa. Así se infiere, por ejemplo, de las posturas de Sánchez-Vera y de Ramos Tapia⁵³. La razón es bastante simplista: cada juez o magistrado tiene una posición personal de garantía con la justicia y por eso cada violación al deber provoca inevitablemente la realización individual del delito en calidad de autor directo:

(...) lo cierto es que tampoco es posible una coautoría, incluso entre dos obligados por una institución positiva. En efecto, los dos obligados no lesionan conjuntamente los deberes de la institución positiva –solo de forma externa–, sino cada uno por sí. Puesto que el deber que impone la institución es personalísimo, así también lo será su lesión: siempre individual⁵⁴.

Para esta posición intransigente de la autoría, infracción de deber es sinónimo de autoría directa, de tal manera que en el primer ejemplo ambos magistrados no serían coautores sino autores paralelos o simultáneos de prevaricación, y en el segundo caso el magistrado que ha convencido al otro no sería autor mediano sino llanamente autor directo. Lo cierto es que, en contra de esa postura reduccionista, reluce la inexistencia de razones lógicas y valorativas por las cuales limitar a la autoría directa todas las posibilidades de intervención del juez. La parte final del último fragmento citado de Sánchez-Vera da la pauta de la génesis del error que induce a una interpretación confusa y a una solución dogmáticamente incorrecta de la autoría. En efecto, que un componente del injusto de esta categoría de delitos resida en la infracción de un deber personal no significa que esté contenido allí todo el disvalor del ilícito. La interpretación restrictiva lleva inconscientemente en su núcleo la idea criticada en forma reiterada en este trabajo respecto a que el objeto de protección no corresponde identificarlo en el mero deber infraccionado, porque dicho deber es penalmente relevante solamente en la medida que lesiona o pone en peligro al bien jurídico protegido. De otra manera, la categoría de delitos de infracción de deber confundiría su significado con la categoría de delitos de propia mano, reduciendo a nada la utilidad de sus diferencias analíticas.

2. En cuanto a la inducción y la cooperación en el delito de prevaricación judicial, las reglas de la intervención delictiva en los delitos de infracción de deber suponen soluciones tajantes y, a primera vista, valorativamente poco cuestionables. En primer lugar, estas reglas establecen que el *extraneus* no puede resultar bajo ninguna circunstancia autor de prevaricación judicial, por la concluyente razón que no tiene a su cargo el deber positivo

⁵³ SÁNCHEZ-VERA, *ob. cit.*, pp. 181 ss., y RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, pp. 437 ss.

⁵⁴ SÁNCHEZ-VERA, *ob. cit.*, p. 286.

institucional de dictar la resolución judicial correcta, sin perjuicio del dominio material que pudiese ejercer sobre el hecho o de que se trate eventualmente también de un *insider* de la institución. Ejemplos: no comete prevaricación judicial el sujeto parte del proceso ni tampoco el representante de la fiscalía que siembran prueba falsa determinando al juez a resolver injustamente.

Del mismo modo que la doctrina de delitos de infracción de deber niega contundentemente la posibilidad de autoría por parte del *extraneus* en la prevaricación, tampoco fija límites teóricos para admitir otras formas de intervención de parte del no obligado especial. El fundamento de la participación en los delitos de infracción de deber se encuentra una vez más en las palabras de Jakobs, aunque aquí no caben objeciones:

En relación con la ampliación del poder de organización, la situación es distinta en los deberes institucionales (y en la ejecución de propia mano en el sentido de los delitos de propia mano): Aun cuando solo un interviniente aporte un deber, está así abierta para todos los intervinientes la posibilidad de poner en tela de juicio una institución por lo demás inaccesible para ellos (si ellos no son portadores del deber)⁵⁵.

La solución es, en efecto, aceptar las formas de intervención del *extraneus* en la prevaricación del juez. Ejemplos: es autor de inducción a la prevaricación judicial el sujeto que convence a su amigo juez de resolver injustamente en perjuicio de un enemigo personal, y es partícipe del mismo delito el secretario del juez que redacta los fundamentos de la resolución que reconoce injusta. Queda claro además que la posición de garantía del juez tiene lugar únicamente respecto de los casos en los cuales tiene asignado el deber de dictar la resolución correcta, y por ello su posición es la de un *extraneus* cuando actúa fuera del rol institucional. Ejemplo: no es autor de prevaricación sino inductor el juez que convence a un colega suyo a fallar injustamente en una causa judicial donde él ya no interviene por haber sido recusado anteriormente⁵⁶.

4.2.3.3. *Iter criminis e imputación del resultado*

1. Aun sin profundizar sobre las particularidades de cada tipo objetivo de prevaricación judicial, es factible plantear consecuencias interesantes en la interpretación del *iter criminis*. El contexto más fértil para el análisis se relaciona nuevamente con la actuación de

⁵⁵ JAKOBS, *ob. cit.*, p. 825.

⁵⁶ Caso inspirado en un ejemplo citado por SPENDEL, Günther, *LK*, párr. 336, marg. 118, mencionado por RAMOS TAPIA, *ob. cit.*, p. 448.

magistrados reunidos en tribunal de tres o más miembros donde las resoluciones deben conformarse por votos particulares sin deliberación conjunta de los jueces, teniendo en cuenta que en estos casos el aporte individual de un magistrado es insuficiente para conformar la resolución injusta.

Aquí caben reconocer dos ámbitos de cuestiones dogmáticas involucradas, la primera de ellas atinente a la diversidad de formas posibles de intervención delictiva y la segunda vinculada al problema de imputación de resultado latente en estos casos, irresoluble sin profundizar en argumentos de teoría de la imputación objetiva. En ninguno de ambos aspectos, sin embargo, debería pasarse por alto la implicancia del bien jurídico protegido y su utilidad analítica para diferenciar *injusto* de *mera infracción de deber*. Si el intérprete tiene claras estas diferencias no enfrentaría ningún inconveniente axiológico al admitir solamente el disvalor propio de una tentativa en el comportamiento individual de los magistrados, en la medida que no existe forma de contradecir la falta de idoneidad objetiva de la conducta de cada interviniente para consumar el dictado de la resolución injusta. Estos ejemplos sirven, a su vez, para resaltar la utilidad de aceptar otras formas de autoría además de la directa, ya que permitiría considerar como supuesto de coautoría de prevaricación consumada el caso donde dos o más magistrados convienen la mayoría necesaria para dictar resolución injusta, facilitando de esa manera una valoración más racional del reproche de la conducta.

2. En la *Introducción* de este trabajo fue aclarado que la tarea de definir el objeto tutelado por el delito cabe asumirla como previa, por razones metodológicas y hermenéuticas, al análisis de subsunción típica, porque tener en claro qué es *lo protegido* a través de la norma guía la interpretación del tipo penal. Esa función directriz del interés tutelado reconoce su propio límite analítico en la falta de aptitud para reemplazar al enunciado del texto, determinable únicamente según el contenido de cada fórmula legal. En este sentido, los problemas dogmáticos involucrados en la interpretación del delito de prevaricación judicial apenas pueden aquí esbozarse parcialmente. Para la fórmula legal utilizada por el Código Penal español esto significa básicamente que definir el delito de prevaricación como protección cualificada del derecho colectivo a contar con resoluciones jurídicas correctas, no define todavía en qué consiste la *injusticia* típica de la resolución prevaricadora, ni tiene aptitud para solucionar definitivamente las cuestiones vinculadas con otros elementos objetivos y subjetivos del tipo. Recién una vez completado ese análisis será válido ofrecer una descripción acabada del delito del juez por torcer el Derecho.

1. En la noción de bien jurídico se apoya el pilar teórico para identificar el objeto de protección de cualquier norma penal. La razón de la primacía de su concepto reside en que, aun con dificultades originadas mayormente por una fundamentación tradicional antropocéntrica –puestas en evidencia en la necesidad recurrente de reformular el alcance de su doctrina para lograr adecuarse a las nuevas formas de incriminación–, expresa mejor que ningún otro un núcleo de contenido válido consistente en aludir al rasgo positivo de la vida social que recibe protección jurídico penal.

2. Por razones metódicas, la dimensión dogmática del bien jurídico es la de mayor influencia en el estudio de la Parte especial del Derecho penal, al resultar el concepto central para la interpretación del tipo facilitando además criterios comunes para la sistematización de los grupos de delitos. En ese análisis la teoría de protección de bienes exhibe todo su potencial explicativo y aporta la base argumental más sólida para legitimarla en su función limitativa de la imputación, sirviendo de criterio apto para señalar cuáles conductas no merecen pena por falta de lesividad como consecuencia de un déficit de correspondencia entre el bien jurídico protegido por la norma y el comportamiento analizado.

3. Es una cuestión de hermenéutica jurídica determinar el bien jurídico protegido en cada norma. Las posturas doctrinarias que más avanzaron en el análisis sobre lo tutelado mediante el delito de prevaricación padecen, de manera más o menos directa, la misma deficiencia en reconocer un valor autónomo del interés protegido. Por un lado, las posiciones cercanas al funcionalismo sistémico, al reconocer en la Justicia una institución cuya utilidad se justifica por servir de cláusula de cierre para la protección de la expectativa originaria de

no dañar, derivan la referencia axiológica hacia aquello atinente a la norma cuya expectativa decayere como consecuencia de una afectación a la institución.

4. También conducen al desconocimiento del injusto propio las posturas que explican el bien jurídico en la prevaricación –y en general en todos los delitos contra la administración de justicia–, según una referencia ideal a la posibilidad de detrimento de la libertad del ciudadano, en la medida que dicha posibilidad aparece reconocida recién en el resto de los bienes tutelados. El rendimiento del bien jurídico para el grupo de delitos queda restringido al de ejercer de mera “condición de condición” para la realización de un interés distinto, como una suerte de meta norma para la protección de las restantes. A causa de ese déficit de reconocimiento propio terminan confundiéndose los valores de la administración de justicia en tanto objeto *protector* y en tanto objeto *protegido*.

5. La concreción del bien jurídico protegido en la prevaricación judicial debe comenzar por identificar el contenido tutelado, con carácter general, por el conjunto de normas del que forma parte el delito, según sugiere la función sistematizadora del concepto. Esta tarea refleja la pretensión de reconocimiento del valor en este ámbito a una realidad empírica particular donde concurren intereses colectivos y referencias individuales. De conformidad con esa premisa, la tesis propuesta del trabajo indica que *los delitos contra la administración de justicia buscan proteger, con mayor o menor intensidad según la modalidad de ataque y los sujetos intervinientes, el derecho de los ciudadanos a obtener resoluciones judiciales correctas*.

6. Mediante la certeza apodíctica en la declaración del Derecho respecto a un suceso fáctico o situación que acarrea consecuencias jurídicas, el Estado garantiza en forma continua a los ciudadanos disponer de la institución *Justicia* racionalmente, es decir, sin restricciones por falta de seguridad cognitiva en su realización. La resolución de los asuntos de conformidad con las normas jurídicas aplicables al grupo social permite a la administración de justicia generar la confianza legítima a un ámbito de libertad con presencia constante y efectiva para el individuo. La existencia permanente del bien explica el motivo por el cual su incidencia tiene lugar especialmente en los casos donde resulta vulnerada la expectativa a su realización como derecho del ciudadano en el caso individual.

7. Para mantener ileso el derecho reconocido el Estado erige, por un lado, la posición de sujetos denominados jueces o magistrados con un estatus especial para la creación institucional de la resolución correcta, y por otro, incrimina modalidades de ataque reputadas

idóneas para lesionar el cumplimiento eficaz de la función de resolver. La meta institucional impulsa paralelamente la responsabilidad compartida, en un grado de diferente intensidad, entre sujetos *insiders* obligados especiales con la institución, y aquellos otros *outsiders* obligados con fundamento en la solidaridad.

8. *La característica distintiva de la prevaricación con relación a las otras figuras de la categoría “administración de justicia”, es que el derecho a la resolución judicial correcta se encuentra cualificadamente protegido con la asignación a un sujeto particular del deber específico de producir la resolución justa.* En ese sentido, la teoría de los delitos de infracción deber otorga la base teórica más convincente para describir el injusto del juez en la falta de cumplimiento de su deber positivo de dictar resolución correcta, penalmente relevante de acuerdo al marco de referencia del bien jurídico para evaluar la lesividad de un comportamiento.

9. *De lege ferenda* es recomendable adoptar un criterio interpretativo limitador de la punibilidad de la prevaricación a la condición de haber ocasionado un beneficio o perjuicio a favor de alguna de las partes en el proceso o de un tercero mediante el dictado de la resolución incorrecta. La acogida de este criterio limitador conlleva dos ventajas significativas: en primer lugar, permite interpretar la prevaricación según una estructura de delito de lesión delimitándolo del resto de delitos contra la administración de justicia, los cuales mantienen su estructura de delitos de peligro; por otra parte, distingue sin fricciones la infracción de deber típica del juez de lo que constituye una mera infracción disciplinaria.

10. La fundamentación del delito prevaricador sobre la base del bien jurídico del derecho a la resolución correcta, protegido cualificadamente mediante la asignación de un deber a un sujeto con el estatus especial para dictar la decisión judicial, conlleva consecuencias dogmáticas particulares. La más elocuente es que el delito se produce no sólo cuando el juez dicta positivamente una resolución injusta (arts. 446 y 447 del Cód. Penal, como formas *strictu sensu* de prevaricación), sino también cuando no dicta ninguna resolución o no lo hace en el plazo indicado (arts. 448 y 449, como formas *lato sensu*), pues estas últimas constituyen otras variantes, acaso menos perjudiciales, de incumplir el mismo deber positivo derivado de la institución.

11. De la explicación de la prevaricación en los términos planteados en el trabajo surgen variantes dogmáticas interesantes para el análisis de la intervención delictiva, en especial ante la fenomenología particular del dictado de la resolución judicial en los tribunales

de tres o más miembros. La interpretación propuesta no supone límites a la posibilidad teórica de supuestos de autoría mediata y de coautoría, en contra de posiciones ortodoxas de la teoría de los delitos de infracción de deber que sólo ven autorías directas en todas las variantes imaginables. Además, en la misma constelación de casos donde los jueces intervienen como miembros de un tribunal, pero fuera de las modalidades de autoría mencionadas, la idoneidad de la capacidad lesiva del comportamiento de cada juez no permite reprochar más que el disvalor de una tentativa de prevaricación por dictado de resolución injusta, circunstancia más evidente en sistemas procesales donde las resoluciones son conformadas por votos particulares que no requieren deliberación conjunta de los jueces.

BIBLIOGRAFÍA

BENTHAM, Jeremy, *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid: Editora Nacional, 1981. ISBN 84-276-0553-6.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Compatibilidad entre un derecho penal mínimo y la protección de bienes jurídico-penales colectivos* [en línea; última consulta: 17.6.2017]. Disponible en <http://www.criticapenal.com.ar/wp-content/uploads/numero3/corcoy.pdf>.

CÓRDOBA, Fernando, Delitos de infracción de deber, publicado en *Revista de Derecho penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2016 (vol. 2). ISBN 978-987-30-0739-2.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, 10º ed. (segunda reimpresión), Madrid: Trotta, 2016. ISBN 978-84-9879-046-7.

FERRER BARQUERO, Ramón, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. ISBN 84-8442-685-8.

GARCÍA ARÁN, Mercedes, *La prevaricación judicial*, Madrid: Tecnos, 1990. ISBN 84-309-1863-9.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Los delitos especiales*, Buenos Aires: Euro Editores, 2006. ISBN 84-96261-26-3.

GÜIDI CLAS, Elisa María, *La prevaricación judicial en España y en el Derecho comparado*, Barcelona: Bosch, 2006. ISBN 84-7698-758-7.

HASSEMMER, Winfried, ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?, publicado en Hefendehl, Roland y otros (comps.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 978-84-9123-069-4.

HEFENDEHL, Roland, El bien jurídico como eje material de la norma penal, publicado en Hefendehl, Roland y otros (comps.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 978-84-9123-069-4.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del Derecho*, Buenos Aires: Sudamericana, 2º ed., 2004. ISBN 950-07-2529-0.

JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2º ed., Madrid: Marcial Pans, 1991. ISBN 84-7248-301-0.

JESCHECK, Hans-Heinrich, y WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, 5º ed., Granada: Comares, 2002. ISBN 84-8444-641-7.

KAHLO, Michael, Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal, publicado en Hefendehl, Roland y otros (comps.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 978-84-9123-069-4.

KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal, publicado en *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, n.º 1, 2009. ISSN-e 1698-739X.

– *Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho* [en línea; última consulta: 17.6.2017]. Disponible en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20090918_01.pdf.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, La relación del merecimiento de pena y la necesidad de pena con la estructura del delito, publicado en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. XLVI, Fasc. I, enero-abril 1993. ISSN 0210-3001.

MIR PUIG, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona: Bosch, 2000. ISBN 84-7698-605-0.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*, 8º ed., Barcelona: Reppertor, 2009. ISBN 9974-578-36-1.

– *Límites del normativismo en Derecho penal* [en línea; última consulta: 17.6.2017] publicado en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 7, 2005. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>.

POLAINO-ORTS, Miguel, Delitos contra la administración de justicia. Una introducción a la regulación de algunas figuras en el Código Penal español, publicado en *Revista Oficial del Poder Judicial del Perú*, año 4-5, ns.º 6-7/2010-2011. ISSN 1997-6682.

RAMOS TAPIA, María Inmaculada, *El delito de prevaricación judicial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. ISBN 84-8442-063-9.

ROBLES, Ricardo Deberes negativos y positivos, publicado en ROBLES, Ricardo (comp.), *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires: Euros Editores, 2015. ISBN 978-9974-708-46-4.

– Dogmática de los límites al Derecho penal, publicado en ROBLES, Ricardo (comp.), *Estudios de dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires: Euros Editores, 2015. ISBN 978-9974-708-46-4.

ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 9788491231615.

– *Derecho penal: Parte general (tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito)*, 2º ed., Madrid: Editorial Civitas, 1997. ISBN 978-84-470-2545-9.

– *Derecho penal: parte general, (tomo II: Especiales formas de aparición del delito)*, 1º ed., Madrid: Editorial Civitas, 2014. ISBN 978-84-470-5024-6.

– ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?, publicado en Hefendehl, Roland y otros (comps.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 978-84-9123-069-4.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, publicado en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1970, vol. 82. ISSN 0084-5310.

RUSCONI, Maximiliano, El delito de prevaricato judicial, publicado en Rusconi (comp.), *Delitos contra la administración de justicia*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. ISBN 987-507-210-9.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRÉLLEZ, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, 2002. ISBN 84-7248-966-3.

SANCINETTI, Marcelo, *Casos de Derecho penal*, 3º ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2006. ISBN 950-741-242-5.

SEHER, Gerhard, La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico, publicado en Hefendehl, Roland y otros (comps.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 978-84-9123-069-4.

SESSANO GOENAGA, Javier Camilo, *Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por Jakobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación* [en línea; última consulta: 17.6.2017], publicado en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 8, 2006. ISSN-e 1695-0194. Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08.html>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2º ed., Buenos Aires: Euro Editores, 2012. ISBN 978-9974-676-39-8.

– *En busca del Derecho penal*, Buenos Aires: Euro Editores, 2015. ISBN 978-9974-708-63-1.

– Introducción 1991-2012, publicado en Schünemann, Bernd (comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Buenos Aires: Euro Editores, 2012. ISBN 978-9974-676-85-5.

– *La expansión del Derecho penal*, 3º ed., Madrid: Edisofer, 2011. ISBN 978-84-96261-91-4.

SOTO NAVARRO, Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos, publicado en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo 58, Fasc/Mes 3, 2005. ISSN 0210-3001.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal: Parte general*, 4º ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2008. ISBN 978-950-741-199-1.

VON HIRSCH, Wolfgang, El concepto de bien jurídico y el principio del daño, publicado en Hefendehl, Roland y otros (comps.), *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2016. ISBN 978-84-9123-069-4.

WILENMANN, Javier, La administración de justicia como un bien jurídico, publicado en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 36, 2011. ISSN 0716-1883.

ZAFFARONI, Eugenio, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal: Parte general*, 2º ed., Buenos Aires: Ediar, 2014. ISBN 978-950-574-155-7.

